Die Hypothek für eine Forderung aus unsittlichem Vertrage.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Martin Pommer
Referendar.

AGRAR BIBL

Posen
Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristenfakultät zu Rostock.

Referent: Professor Dr. Bernhöft.
Korreferent: Professor Dr. Rud. Hübner.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0088

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I. Leipzig 1882. Bd. II. Leipzig 1895.

Beseler: Deutsches Privatrecht. Bd. I.

Best: Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich. Bd. II.

Biermann: Kommentar zum B. G. B. (Sachenrecht). Berlin 1898.

Böhm: Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht (Komm.). Hannover 1898.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts. Bd. 10.

Bremer: Hypothek und Grundschuld. Göttingen 1869.

Brinz: Pandekten. Bd. II.

Bruck: Die Eigentümerhypothek. Jena 1903.

Büchel: Zivilrechtliche Erörterungen. Bd. II.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl.

Crome: System des bürgerl. Rechts. II, 2 und III.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Bd. I.

— Preuss. Hypothekenrecht. Bd. II.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. II.

Egger: Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht; Breslau 1903 in Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 69 (1903).

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II, 1. 8. und 9. Aufl.

Endemann-Gareis: Einführung in das Studium des B. G. B.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. I.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II.

Entwurf eines Gesetzes über das Hypothekenwesen und einer Hypothekenordnung für Preussen. Nebst Motiv. Red. im Just.-Min. 1864.

Exner: Das österreichische Hypothekenrecht. Bd. I.

Fischer: Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1886.

Förster: Grundbuchrecht. 1872.

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. 18. Aufl. Bd. I.

Fuchs: Grundbuchrecht. Bd. I. Berlin 1902.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905.

Glück: Pandekten. Bd. 14.

Gradenwitz: Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. 1887.

Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines B. G. B. 1895.

— Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Vorträge) 1898.

Heise: Die Anwendung der §§ 134, 138 B. G. B. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte. Rostock, Diss. 1902.

Hölder: Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil. 1900.

— Das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft in DJZ. 1908, S. 46 ff.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1908.

Jacobi: Recht, Sitte und Sittlichkeit, in Jherings Jahrb. Bd. 4.

Jhering: Geist des römischen Rechts. Bd. III.

Isay: Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Jherings Jb. 2. F. Bd. 12, S. 187 ff.

Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes. 1901.

— Schuld, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. 1903.

Kohler: Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

— Die Ideale im Recht. Arch. für bürgerl. Recht. Bd. 5. S. 161 ff.

Kretzschmar: Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung der G. B. O. und der sächs. Ausführungsbestimmungen. Sächsisches Archiv. Bd. 11. S. 145—206.

Lenel: Der 63. Band der Entscheidung des Reichsgerichts i. Zivils. DJZ. 07, S. 455.

Leonhard: Allgemeiner Teil des B. G. B. 1900.

Lotmar: Der unmoralische Vertrag. 1896.

v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Aufl. Bd. I. u. II.

Matthiessen: Zur Giltigkeit der Bordellhypothek. DJZ. 07, S. 534.

v. Meibom: Das deutsche Pfandrecht. 1867.

— Mecklenburgisches Hypothekenrecht.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe Bd. I u. III.

Neubecker: Der abstrakte Vertrag, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 22, Heft 1, S. 34 ff.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl.
— Hypothekenrecht (Vortrag) 1897.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
— in der allgemeinen österr. Gerichtszg. Jahrg. 48, Nr. 32.
— Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde in d. DJZ. 1902, S. 105 ff.
Peters: Das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im B. G. B. Diss. Leipzig 07.
Philipp: In der Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905 Nr. 18.
Planck: Kommentar. 3. Aufl. Bd. I. u. III.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. (Achilles-Gebhardt u. Spahn).
Puntschart: Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig 1896.
Ravit: Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen im Archiv für ziv. Praxis Bd. 58, S. 1 ff.
Reichel: Die Bordellhypothek. DJZ. 1907 S. 109 ff.
Roth: Deutsches Privatrecht. Bd. III.
Rudolph: im Arch. f. ziv. Praxis. Bd. 67, S. 192 ff.
v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. 1899.
Scheurl: in der Kritischen Vierteljahrsschrift. Bd. II, S. 498/9.
Schott: in Jherings Jahrb. Bd. 15.
Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts.
Staudinger: Kommentar. 3. Aufl. Bd. I. u. III.
Staffel: Ein Beitrag zur Lehre vom dinglichen Vertrage, im sächsischen Archiv, Bd. 9.
Stobbe: Deutsches Privatrecht. Bd. II.
— Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 9.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen. 3. Aufl. Bd. I, Sachenrecht.
Weber: Natürliche Verbindlichkeiten.
Weber: Deutsches Hypothekenrecht. Abt. I, Geschichtliche Entwickelung, 1887.
Werner: Die preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze vom 5. V. 1872 nebst Materialien. 1872.
Windscheid-Kipp: Pandekten. 8. Aufl.
Zachariae-Anschütz: Handbuch des französischen Zivilrechts. Bd. II.
Zeitschrift für das französische Zivilrecht. Bd. 20.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite.

A. **Einleitung** . . . . . 1—3

B. **Hauptteil.**

I. Teil: Einfluss des unsittlichen Zweckes eines Vertrages auf dessen Gültigkeit.

1. Geschichte.

a) Römisches Recht . . . . . 4—6

b) Neuere Kodifikationen . . . . . 6—7

2. Geltendes Recht . . . . . 7—14

II. Teil: Die Wirkung der Unsittlichkeit des Zweckes einer Hypothekenbestellung auf deren Rechtswirksamkeit.

1. Die Hypothekenbestellung als abstraktes dingliches Geschäft . . . . . 15—18

2. Der Einfluss der Unsittlichkeit der causa eines abstrakten, insbes. sachenrechtlichen Vertrages auf dessen Rechtsgültigkeit.

a) Geschichte.

aa) Römisches Recht . . . . . 18—20

bb) Späteres gemeines Recht und neuere Kodifikationen . . . . . 20—22

b) Geltendes Recht.

aa) Die Abstraktheit als variabler Begriff . . . . . 22—23

bb) Die subjektive Theorie . . . . . 23—25

cc) Die objektive Theorie . . . . . 25—29

III. Teil: Die Wirkung der Nichtigkeit einer Forderung aus unsittlichem Vertrage auf den Rechtsbestand der für sie bestellten Hypothek.

1. Geschichte.

a) Römisches Recht . . . . . 29—31

b) Älteres deutsches Recht . . . . . 31—34

c) Deutsches Recht nach der Rezeption . . . . . 34—35

d) Neuere Kodifikationen . . . . . 35—37

e) Die Hypothekenrechtsreformen des 19. Jahrhunderts

aa) Mecklenburgisches Recht . . . . . 37—38

bb) Hamburgisches und Lübisches Recht . . . . . 38—39

cc) Preussisches Recht . . . . . 39—40

2. Geltendes Recht.

a) Die Anwendung des § 1163 . . . . . 40—41

b) Die Anwendung des § 817 . . . . . 41—43

c) Die Unrichtigkeit der Anwendung des § 817

aa) Die Forderungssicherung als Zweck der Hypothek 43—44

bb) Die Forderung als Merkmal des Hypothekenbegriffes nach B. G. B.

α) Die Legitimationstheorie . . . . . 45—46

β) Unrichtigkeit der Legitimationstheorie . . . . 46—51

d) Ergebnis für die Anwendung des § 1163 . . . . . 51—52

C. **Schluss.** Das praktische Ergebnis . . . . . 53—55

A. Einleitung.

Seit der Zeit des römischen Honorarrechts gibt es kaum eine Gesetzgebung, die nicht eine Norm aufwiese, welche das gegen die guten Sitten verstossende Rechtsgeschäft reprobiert. Der Staat meidet es, der Durchsetzung von Verbindlichkeiten, die den guten Sitten zuwiderlaufen, seinen Rechtsschutz zu leihen; er gibt auch die Möglichkeit, die Wirkungen eines bereits begründeten dinglichen Rechts zunichte zu machen, sofern der Zweck der Begründung die guten Sitten verletzt. Allerdings erfolgt die Absprechung der Wirkung nicht bei obligatorischen und dinglichen Rechten in gleichem Umfange. Während jene schlechthin für nichtig erklärt werden, wird gegen diese im allgemeinen nur der Anspruch auf Aufhebung zugelassen, da ihre völlige Nichtigkeitserklärung die Rechtssicherheit in bedenklichem Masse in Frage stellen würde. Besonders auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechts, auf welchem in den modernen Gesetzgebungen die grundbuchmässige Eintragung eine besondere Gewähr für das Bestehen der eingetragenen Sachenrechte bilden soll, hat die Reprobation eines durch dinglichen Rechtsakt begründeten Rechts keineswegs immer die Folge, dass die Wirkungen des Rechtsakts im Falle seiner Nichtigkeit als gänzlich ausgelöscht gelten. Hier kommt der Grundsatz von der möglichsten Reprobierung des wider die guten Sitten verstossenden Geschäfts mit dem Prinzip von der Erhaltung grundbuchlich begründeter Rechte in einen eigenartigen Konflikt. Am divergierendsten sind die Meinungen über die Lösung dieses Widerstreits hinsichtlich der Hypothek, welche für Forderungen

aus einem unsittlichen Vertrage bestellt ist. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Forderung, welche einer solchen Hypothek zu Grunde liegt, infolge der Nichtigkeit des Vertrages aus dem sie hervorgeht, wirkungslos erscheint, sodass die persönliche Hypothekenklage von vornherein abzuweisen ist.

Nur die dingliche Klage aus der Hypothek kann den Gegenstand einer Erörterung hinsichtlich ihrer Durchführbarkeit bilden. Hierbei ist nun in Erwägung zu ziehen, dass eine Hypothekenbestellung, welche die Sicherung einer Forderung aus sittenwidrigem Vertrage erstrebt, hierdurch selbst einen sittenwidrigen Zweck erhält, da sie immer nur in der Absicht vorgenommen wird, den dadurch berechtigten zum Abschluss des unsittlichen Vertrages oder zur Fortsetzung des unsittlichen Vertragsverhältnisses zu bestimmen. Der Verstoss gegen die guten Sitten fällt dabei dem einen wie dem andern Teile zur Last; er liegt sowohl in der Hingabe, wie in der Annahme der hypothekarischen Sicherung. Wenn es nun infolge der Eigenschaft der Hypothekenbestellung als sachenrechtliches Geschäft der Gegenstand eines lebhaften Streites geworden ist, ob eine Hypothekenbestellung mit sittenwidrigem Zwecke von der für unsittliche Rechtsgeschäfte allgemein statuirten Nichtigkeit getroffen wird, oder ob solche Geschäfte in andern Normen eine besondere Regelung finden, so muss die Erörterung dieser Frage naturgemäss ihren Ausgangspunkt von der allgemeinen Frage nehmen, in welcher Weise sich der Einfluss des unsittlichen Zwecks auf ein Rechtsgeschäft überhaupt kundgibt, um dann zu der weiteren Ausführung darüber überzugehen, in welcher Weise abstrakte, insbesondere aber dingliche Geschäfte von der Unsittlichkeit ihres Zweckes beeinflusst werden.

Da sich endlich aus der Zahl der Sachenrechte die Hypothek infolge ihrer Beziehung zu einer zu Grunde liegenden Forderung besonders heraushebt, so gibt die Art dieser Beziehung für die Rechtsgültigkeit des Bestellungsgeschäfts in letzter Linie den Ausschlag. Je nach Entscheidung der Frage, ob das Gesetz die Entstehung einer Hypothek von der Gültigkeit der Kausalforderung

abhängig macht,. oder ob es dem dinglichen Bestellungsakt eine von der Kausa unabhängige, selbständige Kraft beilegt, ergibt sich das Schicksal der Hypothekenklage. Trifft die erste Alternative zu, so ist ein Recht für den Kläger nicht entstanden und die Klage wäre abzuweisen. Im Falle der zweiten würde jedoch durch den Akt eine sachenrechtliche Vermögensverschiebung zu Gunsten des Empfängers hervorgerufen sein, sodass nur die Kondiktionsgrundsätze eingreifen könnten, insbesondere aber der, dass eine Leistung bei par turpitudo nicht kondiziert werden und eine Kondiktion auch nicht einredeweise geltend gemacht werden kann, sodass hiernach die Hypothek unanfechtbar wäre. Die Entwickelung der Frage, welchen Einfluss die Nichtigkeit einer Forderung, insbesondere aus unsittlichem Vertrage auf den Rechtsbestand einer für sie bestellten Hypothek hat, wird daher den dritten Teil unserer Ausführungen bilden.

B. Hauptteil.

Erster Teil.

Einfluss des unsittlichen Zweckes eines Vertrages auf dessen Gültigkeit.

—

I. Geschichte.

a) Römisches Recht.

Bei der Untersuchung der Frage, ob und nach welchen Grundsätzen das römische Recht ein unsittliches Geschäft reprobiert, treten uns in der Justinianeischen Codifikation Stellen entgegen, welche in Form allgemein gehaltener Maximen, ähnlich wie sie in modernen Gesetzgebungen aufgestellt sind, eine Lösung zu bieten scheinen. So vor allem Papinians berühmter Ausspruch L. 15, D. 28, 7: „Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.“ Aus der Kasuistik der Quellen ergibt sich jedoch, dass eine Regel, wie sie dieser — übrigens nur auf einen speziellen Fall bezügliche — Satz aufzustellen scheint, allgemein nicht in Geltung gewesen ist (vgl. z. B. L. 22, § 3, D. 19, 2), dass vielmehr nur Rechtsgeschäfte, die in einer ganz bestimmten Form gegen die Moral verstossen, vom Rechte als nichtig angesehen werden. Es ist denn auch der Versuch gemacht worden, solche Formen des Verstosses gegen die Moral aus den Quellen zu abstrahieren. Windscheid[1]) unterscheidet deren drei: einmal, dass der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist, ferner, wenn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, in denen der Mensch sich durch äussere Motive nicht soll beeinflussen lassen; endlich kann der Vertrag wegen Verwerflichkeit der sich darin verratenden Gesinnung unsittlich sein.

[1]) Windscheid-Kipp, Pand. § 314 No. 3.

Gegen diese Definition ist, wie auch Lotmar[1]) hervorhebt, einzuwenden, dass sie an Unbestimmtheit leidet, wohl angibt, unter welchen Umständen ein Geschäft unsittlich sein kann, aber nicht die Form ersehen lässt, in welcher das unsittliche Moment im Vertrage selbst zum Ausdruck kommen muss, wofern sie dies überhaupt erfordert.

Lotmar selbst[2]) abstrahiert aus der Anwendung, welche die Römer von dem Satze der Ungültigkeit der Geschäfte contra bonos mores gemacht haben, dass die Immoralität des Geschäftes in 3 Fällen seine Nichtigkeit herbeiführe:

1. Wenn die im Vertrage ausgedungene Handlung unsittlich ist,
2. wenn er eine Verpflichtung begründet, die zwar an sich nicht unmoralisch ist, deren Aufnahme in einen Vertrag jedoch den guten Sitten widerstreitet,
3. wenn eine ökonomische Leistung in Kausalbeziehung zu einer Verpflichtung gesetzt ist, die von Moral wegen von Geldeswert unabhängig sein soll.

Er belegt dies mit zahlreichen Quellenstellen. Aus dieser Fassung geht hervor, dass nicht jede Beförderung der Unsittlichkeit, nicht allein die verwerfliche Gesinnung, kurz, dass nicht die in den Parteiabsichten erkennbare Unsittlichkeit der Vollziehung des Rechtsgeschäfts geeignet ist, diesem einen unsittlichen Charakter im Sinne der Rechtsordnung zu verleihen.

Es kommt vielmehr stets auf die juristische Struktur des Vertrages an, darauf, ob der Vertrag einen unsittlichen Inhalt hat, dessen Ausstattung mit Rechtswirksamkeit mit den Moralgrundsätzen nicht vereinbar wäre.

Im Ausdruck nicht ganz klar, stimmt hiermit auch Ravit[3]) überein, der denn auch z. B. einen Kauf mit zulässigem Gegenstand nie für unsittlich hält.

Gegen diese Begrenzung des Begriffs eines unsittlichen Vertrages wendet sich Kohler[2]) mit der Behaup-

[1]) Lotmar, der unmoralische Vertrag, S. 66, 67.
[2]) a. a. O. S. 75.
[3]) Arch. f. civ. Pr., Bd. 18, S. 66.
[4]) Arch. f. bürgerl. R., Bd. 5, S. 204.

tung, dass jedes Rechtsgeschäft, durch das die Mittel zur Unsittlichkeit geboten werden, unsittlich und nichtig sei. Er führt zum Beweise den Ausschluss der a. mandati contraria aus einem Kreditauftrag an, auf Grund dessen jemand einer meretrix ein Darlehn gegeben hat.[1]) In den Worten: „simile est quasi perdituro sciens credideris" wird zwar die Rückforderbarkeit eines Darlehns zu sittenwidrigen Zwecken an einen jungen Mann verneint, aber nicht wegen des unmoralischen Motivs, sondern weil man wissentlich einem perditurus Kredit gewährt habe, also gleichsam unter Verzicht auf die Rückgabe.[2]) Es ist hiernach daran festzuhalten, dass nach römischem Recht der Inhalt eines Rechtsgeschäfts für dessen sittliche Beurteilung durchaus wesentlich ist.

b) Neuere Kodifikationen.

Verfolgen wir die Geschichte der Reprobation des unmoralischen Vertrages bis in die Neuzeit, so ist keine Kodifikation, welche sie nicht in irgend einer Form aufgenommen hätte. Das preussische A. L.-R. gibt in Teil I Tit. 4 § 6, 7 die allgemeine Vorschrift: „Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärung niemand berechtigt oder verpflichtet werden. Auch nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen"; enthält aber noch zahlreiche Einzelvorschriften, die gewisse verbotene Geschäfte für nichtig erklären, z. B. die §§ 8 bis 13 I, IV, die sich auf die Beschränkung der persönlichen Freiheit beziehen. Unter den Begriff der verbotenen Handlung fallen hier auch unsittliche Geschäfte,[3]) deren Unsittlichkeit, wie aus der Fassung aller dieser Vorschriften hervorgeht, im Inhalt des Geschäfts liegen muss. Hiervon macht das A. L.-R. nur im Teil I, Tit. 11, § 1070 eine Ausnahme, wo „Geschenke, die zur Beförderung unerlaubter Handlungen gemacht werden", für ungültig erklärt werden.

[1]) L. 12, § 11, D. 17, 1.
[2]) So auch Lotmar, Anm. 105; Windscheid, Pand. § 420, Anm. 7
[3]) Fischer, Deutsches Privatrecht, S. 99.

Der code civil enthält in Art. 6 die Bestimmung: „On ne peut deroger par des conventions particuliers aux lois, qui interessent l'ordre public et les bonnes moeurs". Diese Vorschrift bezieht sich nach der französischen Doktrin[1]) nicht nur auf Vereinbarungen mit gesetzwidrigem, sondern überhaupt auf solche mit antisozialem Charakter. Hauptsächlich kommt hier aber der Art. 1131 in Betracht, der eine „obligation sur une cause illicite" für wirkungslos erklärt und Art. 1133, der eine cause illicite definiert als eine solche, welche durch das Gesetz verboten sei oder zuwiderlaufe „à l'ordre public ou aux bonnes moeurs". Hiermit sind die Verträge für nichtig erklärt, die ihrem Gegenstande nach mit den guten Sitten im Widerspruche stehen,[2]) in denen die Unsittlichkeit also inhaltlich zum Ausdrucke gelangt.

Auch die Stellung des österreichischen B. G. B. von 1811 zur Reprobierung des unsittlichen Vertrages, die im § 878, und des sächsischen B. G. B. von 1863, die in den §§ 79 und 90 zum Ausdruck gebracht ist, erfordert, dass die vertragliche Bindung auf etwas Unsittliches gerichtet sei.

2. Geltendes Recht.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Wahrung des Sittengesetzes zum zwingenden Erfordernis der Rechtsgeschäfte gemacht und im § 138 eine entsprechende allgemeine Norm geschaffen. Lotmar[3]) behauptet nun dass durch die Aufstellung des § 138 die von ihm aus dem römischen Recht abstrahierten Normen für die Nichtigkeitserklärung des unsittlichen Vertrags weit ausgedehnt würden. Es falle z. B. ein Darlehn, ein Verkauf einer Sache zu unsittlicher Verwendung unter diese Vorschrift. Dieser Standpunkt ist auch in der neuen Literatur mehrfach vertreten. So soll nach Dernburg[4]) keineswegs nur dasjenige Geschäft nichtig sein, dessen Inhalt unmittelbar eine Unsittlichkeit enthalte. Bei der Frage der Unsittlich-

[1]) Zachariae-Crome, Bd. II, S. 435, besonders Anm. 8.
[2]) Zachariae-Crome, § 345 a. a. O.
[3]) a. a. O. S. 79.
[4]) Lb. d. bürgerl. Rechts, 1, S. 425.

keit eines Geschäfts seien vielmehr auch die bestimmenden und offensichtlichen Motive notwendig in Betracht zu ziehen. Dahin gehöre z. B. der Kauf oder die Miete eines Hauses zu Bordellzwecken. Nur seien entferntere, vorübergehende Zwecke regelmässig nicht zu beachten. Auch Leonhard[1]) schreibt den Motiven die Kraft zu, ein Rechtsgeschäft unsittlich zu machen, doch nur, falls sie im Inhalt der Verhandlungen, wenn auch nicht im Geschäftsinhalt selbst klar hervorgetreten sind.

Mit besonderer Schärfe aber erklärt Kohler[2]) Rechtsgeschäfte für unsittlich, wenn sie es „zum Zweck haben, die Werkzeuge der Unsittlichkeit zu bieten, sei es in Geld, sei es in anderen Dingen". Was nicht zu diesen Werkzeugen gehöre und mit dem sittlichen Leben nur in loserem Zusammenhange stehe, werde von der Rechtsordnung nicht nach diesem Zusammenhang geprüft. Die Weite dieses Unsittlichkeitsbegriffs zeigt sich krass in Kohlers Beispielen: Der Verkauf von Gift zum Zwecke des Selbstmordes, einer Pistole an einen, der einen anderen damit töten wolle, wird für nichtig erklärt, schon wenn der Verkäufer durch eine Äusserung des Käufers bei dem Verkaufe von der Absicht erfahren hat. Auch ein behufs Ankaufs eines Bordells gegebenes Darlehn, jeden Bordellverkauf erklärt er für ungültig mit der Begründung, „die Rechtsordnung müsse alle Geschäfte, welche sich darauf beziehen, ablehnen und des Rechtsschutzes für unwürdig erklären". Treffend bemerkt hierzu Philipp[3]), dass nach diesem Grundsatze wohl auch der Verkauf eines Bettes, eines seidenen Strumpfes an eine Konkubine als unsittlich gelten müsste, denn auch sie sind Mittel zur Beförderung der Unsittlichkeit.

Diese weite Ausdehnung des Begriffs des unsittlichen Rechtsgeschäfts entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Ziehen wir die Entstehungsgeschichte des § 138 B. G. B. in Betracht, so hat sich die Fassung dieser Vorschrift in den beiden Entwürfen des Gesetzes einer nicht

[1]) Allgem. Teil, S. 376, 377.
[2]) Arch. f. bürgerl. Recht, V, S. 204.
[3]) Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1905, S. 77.

unbedeutenden Wandlung unterziehen müssen. § 106 des E. I. lautete: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig", während § 138 des gegenwärtig geltenden Gesetzes die Fassung aufweist: „Ein Rechtsgeschäft, welches gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig." Es ist offenbar zu weitgehend, wenn diese Änderung mit dem Bemerken abgetan wird, dass der Standpunkt des E. I beibehalten werden sollte, wie dies z. B. in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte Bd. 5, S. 109 und Bd. 6, S. 220 der Fall ist. Eine solche Auslegung liesse die Änderung im Wortlaut ohne jeden Zweck und Sinn erscheinen. Die Protokolle zum E. II weisen selbst den Weg zur Deutung dieser Änderung, indem sie erklären, man habe es für nötig erachtet, „die Motive der Parteien in Betracht zu ziehen, aber nicht in dem Masse, dass die Handlungen der Parteien einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, dass jedoch die verwerfliche Gesinnung nicht ausser Acht gelassen werden sollte, da erst durch das Hinzunehmen dieses subjektiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das rechte Licht gesetzt würde".[1])

Aus der neuen Form der Bestimmung in Verbindung mit dieser Bemerkung der Protokolle den Schluss zu ziehen, dass jedes nicht zu entfernt liegende unsittliche Motiv dem Rechtsgeschäft den Stempel der Unsittlichkeit aufdrücken könnte, wie Kohler dies am extremsten tut, oder mit Leonhard das sittengefährliche Motiv hierzu für geeignet zu erklären, ist jedoch ebenso unrichtig, wie jener eben erwähnte Standpunkt. Überaus mannigfaltig ist die Kausalkette, welche schliesslich zu dem in bestimmter Form ausgeprägten Akte der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung führt. Ihre einzelnen Glieder können einer sehr verschiedenen sittlichen Beurteilung unterliegen. Man denke z. B. an den Fall, dass sich jemand durch betrügerische Manipulationen von reichen Leuten Mittel erschwindelt, um sie den Armen zuzuwenden, für die

1) Prot. I, S. 123 f

er auf anderem Wege keine Hilfe findet und die wohl um die Herkunft derselben wissen. Wird hierdurch die Schenkung selbst unsittlich? Bei einer so weitgehenden Berücksichtigung der Motive wäre eine Grenze, bis zu welcher dieselben beachtlich sein sollen, nicht festzustellen. Diese Feststellung ist aber das unbedingte Erfordernis einer Rechtsprechung, die sich nicht bis ins Uferlose verlieren soll. Einem Verfahren, welches die Handlungen der Parteien einer Prüfung daraufhin unterwirft, ob sie einer unmoralischen Gesinnung entspringen, einer „sittenrichterlichen Kontrolle" verbieten die Protokolle selbst den Weg. Für das Gesetz wäre diese umfassende Beachtung des Motivs auch etwas ganz Ungewöhnliches, da es auf dem allgemeinen Grundsatze fusst, nur die konkreten Rechtsvorgänge der richterlichen Beurteilung zu unterwerfen, und das rechtsgeschäftliche Motiv nur in ganz wenigen Ausnahmefällen mit entscheidender Wirkung für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts versieht, während es andererseits Geschäfte deren Zustandekommen auf einer unzweifelhaft unmoralischen Handlungsweise beruht, solche nämlich, bei denen der andere Teil durch Drohung oder arglistige Täuschung zum Abschluss bestimmt wird, (§ 123 B. G. B.) nicht für nichtig, sondern nur für anfechtbar ansieht. Ebenso finden wir ein scharfes Argument gegen die Beachtlichkeit der Motive in den § 31 K. O. und § 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 27. 7. 1879, durch welche Rechtsgeschäfte, die in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, also unstreitig zu durchaus unsittlichem Zwecke geschlossen sind, nicht etwa für nichtig erklärt, sondern nur der Anfechtung durch die geschädigten Gläubiger unterworfen werden.

In Wirklichkeit ist der Massstab für die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts als eines unsittlichen ein anderer. Ziehen wir zunächst das obligatorische Geschäft in den Kreis der Betrachtung, während das sachenrechtliche uns unten beschäftigen wird.

Das Wesen des obligatorischen Rechtsgeschäfts besteht darin, dass es die Verbindlichkeit zu einer Leistung

schafft. Diese Leistung bildet den Zielpunkt und den Kern den Rechtsgeschäfts; sie ist es, welche dem letzteren sein ganzes Gepräge verleiht. Würde durch ihre Effektuierung ein Zustand geschaffen, welcher mit den guten Sitten in Widerspruch stünde, dann ist auch die obligatorische Bindung, welche die Herbeiführung dieses Zustandes erstrebt, eine unsittliche, dann trifft der Ausdruck des Gesetzes zu: das Rechtsgeschäft verstösst gegen die guten Sitten. In vielen Fällen geht nun die so gekennzeichnete Unsittlichkeit schon aus dem Geschäftsinhalt selbst hervor. Die Erfüllung eines auf Unsittliches gerichteten Gesellschaftsvertrages hat offenbar einen sittenwidrigen Zustand zur Folge, die Herstellung einer vertraglich auferlegten unwürdigen Freiheitsbeschränkung verletzt die Gesetze der Ethik. Aber auch die Verwirklichung zahlreicher Geschäfte, deren Inhalt für sich einen harmlosen Charakter aufweist, kann mittelbar eine Verletzung der guten Sitten zur Folge haben. Nach der tausendfachen Erfahrung des täglichen Lebens haben gewisse Geschäfte eine weitgehende Wirkung, die fast mit mechanischer Sicherheit einzutreten pflegt. Ein Kaufmann, der seine Ware zu teuren Preisen eingekauft hat, muss sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu entsprechenden Preisen weiter verkaufen. Wer ein Grundstück teuer erstanden hat, richtet sicher die Ausnutzung der Räume so ein, dass die Erträge die von ihm zu zahlende Kaufpreisrente decken. Der Käufer eines Bordellhauses, welcher dieses als solches hoch bezahlt hat, wird nach menschlichem Ermessen den Bordellbetrieb fortsetzen, da er nur so den Kaufpreis ökonomisch herauswirtschaften kann. In Fällen dieser Art sind in der Tat die Motive von wesentlicher Bedeutung für die Beurteilung des Inhaltes eines Rechtsgeschäftes, welcher vielleicht nur durch ein ungewöhnliches Missverhältnis der gegenseitigen Leistungen auffällt. Denn aus den Motiven in Verbindung mit den übrigen in der Regel eintretenden objektiven Umständen lassen sich die Wirkungen des Geschäfts meist ersehen. Wohl zu betonen ist hierbei, dass Wirkungen, die mit dem Inhalte des Geschäfts

keinen notwendigen Zusammenhang besitzen, für die Beurteilung ausscheiden müssen. Sie sind nur zufällige und durch den Geschäftsinhalt nicht bedingt, sodass das Geschäft durch sie nicht charakterisiert werden kann.

Insofern, als die Berücksichtigung der Parteimotive zu jeder Beurteilung in dem erwähnten Umfange im Rahmen des gegenwärtig geltenden Gesetzes ermöglicht ist, stellt die neue Fassung in der Tat einen bedeutenden Fortschritt gegenüber dem E. I dar, welcher nur dann die Reprobierung des Geschäfts zuliess, wenn der Verstoss gegen die guten Sitten im Inhalte lag, d. h. mit der Erfüllung unmittelbar bewirkt wurde, wie im Falle eines unsittlichen Gesellschaftszwecks. Wir gelangen demnach zu der Feststellung, dass der Inhalt eines Vertrages für dessen Qualifizierung als eines unsittlichen wesentlich ist, sei es für sich allein, sei es unter Berücksichtigung der aus den Parteimotiven ersichtlichen erfahrungsmässigen Wirkungen.

In diesem Sinne ist es richtig, wenn Philipp betont, dass auch nach dem E. II die Motive nur als Auslegungsmittel des Inhalts in Betracht zu ziehen seien. Auch im Übrigen finden wir die Theorie zum überwiegenden Teile auf dem Boden einer ähnlichen Interpretation des Gesetzes.[1])

Überblicken wir die Stellung, welche die oberstrichterliche Praxis — vorzugsweise auf dem Gebiete des hier meist interessierenden Immobiliarrechts — zu unserer Frage einnimmt, so ist aus der theoretischen Bestimmung, mit welcher die Praxis fast allgemein die Bedeutung der ausserhalb des Geschäfts liegenden Umstände feststellt, indem sie erklärt, dass Inhalt, Motiv und Zweck in ihrer Verbindung den Verstoss gegen die guten Sitten involvieren müssen, kaum ein scharf umrissenes Bild zu entnehmen; der praktischen Anwendung nach fusst jedoch

[1]) Planck, Komm. z. § 138, I, a; Staudinger, Komm. z. § 138, I, 5; Enneccerus-Lehmann, Lehrb. I, § 98, S. 221; Crome, System, I, S. 374, Anm. 6; Jacobi i. Iherings Jahrb. Bd. 41, S. 109. v. Mayr, Bereicherungsanspruch, S. 572, 573; Hölder, Komm. z. § 138, S. 305.

eine zahlreiche Judikatur auf dem hier vertretenen Standpunkt. Es wird zwar auf der einen Seite noch der Kauf eines Hauses zu Bordellzwecken[1]), ein Bordellbauvertrag[2]) schlechthin für nichtig nach § 138 B. G. B. erklärt. Im übrigen wird jedoch fast durchgängig betont, dass ein Bordellkauf an sich noch keineswegs einen unsittlichen Charakter habe, sondern nur der Verkauf des Grundstücks unter Bedingungen, welche den Käufer zur Fortsetzung des Bordellbetriebes zwingen, gebe dem Geschäft wegen seines Inhaltes ein unsittliches Gepräge[3]). Andererseits wird die Miete eines Hauses zu Bordellzwecken stets für unsittlich erachtet, weil der unsittliche Zweck der Gebrauchsgewährung hier unmittelbar im Vertrage liegt. Für das Darlehn, oder die Warenlieferung zum Bordellbetriebe endlich wird der unsittliche Verwendungszweck dann für unerheblich erklärt, wenn nicht aus dem Vertrage zu erkennen ist, dass der Geber sich als Entgelt aus dem Betriebe selbst Revenuen bedungen hat, z. B. wenn eine bestimmte Mindestabnahme von Wein oder eine fixe monatliche Rente vereinbart ist, sodass der Abnehmer der Notwendigkeit unterliegt, den Bordellbetrieb fortzusetzen.

Am deutlichsten aber ist der Gedanke, dass die Unsittlichkeit des Rechtsgeschäfts, in dessen Inhalt, sei es unmittelbar, sei es unter Heranziehung der Motive als Auslegungsmittel zum Ausdruck kommen müsse, ausgesprochen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts über den Verkauf einer ärztlichen Praxis, ein neuerdings nicht seltenes Geschäft, das wegen der vielfach damit verbundenen Grundstücksübertragung stark in das Immobiliarrecht hineinspielt. Hinsichtlich der Frage, ob

[1]) J. W. 06, S. 227; R. G., Bd. 69, S. 351; O. L. G. Dresden i. Recht, Bd. 6, S. 71, Recht 1906, S. 47 No. 7.

[2]) R. G., Bd. 63, S. 371.

[3]) O. L. G. Cöln, Bd. 5, S. 109; O. L. G. Hamburg, Bd. 8, S. 424; O. L. G. Bamberg, Bd. 12, S. 18; R. G., Bd. 29, S. 106; Bolze, Bd. 10, No. 357; R. G., Bd. 63, S. 179 ff.

So R. G. i. J. W., 1903, Beil. 41; O. L. G. Frankfurt, Bd. 6, S. 220; J. W. 06, S. 331; auch R. G. in Ztschr. f. frz. Zivilrecht, Bd. 20, S. 416.

dieses Geschäft im Sinne der ärztlichen Ehrengerichte als unsittlich und nichtig zu betrachten sei, stehen sich die Meinungen allerdings zum Teil diametral gegenüber. Während das O. L. G. Posen[1]) einen solchen Verkauf gelten lässt, weil er nur den Anschauungen eines Standes, nicht aber des Volkes von den guten Sitten widerstrebe, reprobiert ihn das O. L. G. Braunschweig[2]) vollständig, da er die Ausnutzung des Vertrauens der Kundschaft, ein Umsetzen dieses Vertrauens in Geld bedeute, welches mit den öffentlich sittlichen Berufspflichten des Arztes im Widerspruch stehe. Neuerdings hat sich jedoch das Reichsgericht dahin entschieden, dass ein solches Geschäft nur dann gegen die guten Sitten verstosse, wenn der Kaufpreis ein derartig hoher sei, dass der Käufer gezwungen werde, seine Honoraransprüche zum Nachteil der Patienten übermässig hoch zu stellen und so das geschäftliche Interesse in den Vordergrund zu rücken. Denn das sei im Regelfalle die Folge eines solchen Verkaufs zu derartigem Preise und sei mit den öffentlichen Pflichten des Arztes nicht zu vereinen. Ausserdem sei in solchem Falle regelmässig die Gefahr begründet, dass der Verkäufer weniger auf die Tüchtigkeit als auf die Solvenz seines Nachfolgers sehe, was ebenfalls zum Schaden der Allgemeinheit ausschlage. Gleichgültig sei es nun, ob diese Folgen im Einzelfalle zuträfen; da sie in der Regel vorlägen, so sei jedes so gestaltete Geschäft zu reprobieren. Diese Begründung weist mit klaren Worten darauf hin, dass nicht etwa das Motiv, sondern der Inhalt — die übermässige Kaufpreisbemessung — wegen der erfahrungsgemäss eintretenden Wirkung der Erfüllung das Moment bilde, welches das Geschäft als unsittliches charakterisiere.

Wir erkennen also, das auch die Praxis bewusst auf dem hierin liegenden allgemeinen Gedanken fusst, welcher für die Beurteilung der abstrakten Geschäfte als von besonderer Bedeutung erscheinen wird.

[1]) Entsch. d. O. L. G., Bd. 6, S. 33.
[2]) Entsch. d. O. L. G., Bd. 5, S. 107.
[3]) Rg., Bd. 66, S. 139.

Zweiter Teil.

Die Wirkung der Unsittlichkeit des Zweckes einer Hypothekenbestellung auf deren Rechtswirksamkeit.

1. Die Hypothekenbestellung als abstraktes dingliches Geschäft.

Der rechtsgeschäftliche Akt, durch den eine gültige Hypothek nach dem Gesetze bestellt wird, hat wie aus § 1113 hervorgeht, zur unmittelbaren Folge die Belastung des Grundstücks mit der Hypothek. Hierin kommt eine Eigenschaft dieses dinglichen Geschäfts zum Ausdruck, welche es mit anderen sachenrechtlichen Rechtsakten teilt, eine dingliche Rechtsänderung aus eigener Kraft direkt zu bewirken, und welche diese Geschäfte von den obligatorischen unterscheidet, welche nur eine Verpflichtung zur Rechtsverschaffung begründen. Ferner aber steht die Natur des sachenrechtlichen Geschäfts in scharfem Gegensatze zu der Hauptform des obligatorischen, insofern als es den subjektiven Zweck, durch den es veranlasst wird, nicht in seinen Bau aufnimmt. Ein psychologisches Motiv liegt zwar allen Rechtsgeschäften zu Grunde, die jemand im Besitze seiner Geisteskräfte vornimmt. „Ein Handeln ohne solchen Zweck wäre sinnloses Handeln und daher beim vernünftigen Menschen undenkbar".[1]) Ein abstraktes Wollen ist ein psychologisches Unding. Für die Austattung einer Willenserklärung mit Rechtswirksamkeit ist aber das Motiv regelmässig unerheblich. „Ob jemand kauft, weil er die Sache nötig hat oder weil er dem Verkäufer einen Dienst zuweisen will, ob er schenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, ist völlig gleichgiltig, der Kauf, die Schenkung als solche ist eine juristisch völlig verständliche Tatsache"[2]). Eine Ausnahme bildet nur der Fall, dass jemand die Verwirklichung seines Motivs zur Bedingung der Rechtswirksamkeit seiner Willenserklärung macht, wenn das Motiv „zum Geschäftsinhalt erhoben wird". Dieser recht-

[1]) Leonhard, Allgem. T., S. 265 f.
[2]) Ihering, Geist d. röm. R., III, 1 S. 207.

lich erheblich gewordene Geschäftszweck, von Klingmüller[1]) subjektive causa genannt, kann eine causa solvendi, credendi, donandi etc. sein. erschöpft sich aber in der Frage, ob für den Eintritt der durch eine Willenserklärung hervorzurufenden Vermögensverschiebung ein Entgelt verlangt wird oder nicht. So entstehen die typischen Geschäfte des Kaufs, der Miete, der Schenkung u. s. w. Die Masse der obligatorischen Geschäfte ist in diesem Sinne causal. Nur wenn der in dem solvere, credere etc. bestehende Zweck des Kontrahenten erreicht wird, besteht seine Verpflichtung zu Recht. Ihnen gegenüber steht eine Reihe von Geschäften, in denen der Entgeltwille nicht zum Ausdruck kommt und bei welchen der Willenserklärung eines Kontrahenten Rechtswirkung beigelegt wird, ohne dass sich sein innerlich vorhandenes, aber durch „analytische Vereinfachung des Tatbestandes durch Ausscheidung des Kausalmoments“[2]) aus dem Geschäftsinhalt ausgeschiedenes Motiv verwirklicht. Dies sind einmal gewisse obligatorische Geschäfte, wie Schuldversprechen und Wechsel, ferner aber alle sachenrechtlichen. Für die letzteren ergibt sich dies mit Sicherheit daraus, dass zu einer dinglichen Rechtsverschiebung nach B. G. B. die Erfüllung der Erfordernisse des § 873, also Einigung der Parteien über die Rechtsänderung und deren Eintragung im Grundbuch, stets als genügend erachtet wird, und auch in den Einzelbestimmungen für die Begründung dinglicher Rechte keine Beziehung auf die causa enthalten ist. Was man unter dem Begriffe der Einigung verstand, ergibt § 829 des I. Entwurfs. Er bestimmte: „Zur Wirksamkeit des in § 828 bezeichneten (dinglichen) Vertrags ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Vertragschliessenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben oder dass der von einem von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war“. Wenn diese Vorschrift im II. Entwurf gestrichen wurde, so geschah

[1]) Klingmüller, Rechtsgrund S. 32.
[2]) Ihering, a. a. O. III, 1 S. 206 ff.

es, weil sie einen lehrhaften Zweck verfolge[1]) und sich aus der Fassung des Gesetzes von selbst ergebe. In der Tat ist § 873 und das anderenfalls ganz überflüssige System der Condictionen im B. G. B. ein Argument, das auch von denen nicht angezweifelt wird, die, wie z. B. Klingmüller[2]) für die obligatorischen Geschäfte die Eigenschaft der völligen Abstraktheit in Frage ziehen.

Zu diesen abstrakten Geschäften gehört nun auch die Hypothekenbestellung. Diese besteht in der Einigung der Parteien darüber, das Grundstück mit einem Rechte für den Forderungsgläubiger zu belasten, sich wegen einer Forderung aus dem Grundstück zu befriedigen und der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Hiermit entsteht das Hypothekenrecht unmittelbar. Keinen Raum findet in dem Inhalt des Geschäfts also die Erklärung des Zwecks, des Entgeltwillens — abgesehen von dem Falle einer Bedingungssetzung. Ob sich dieser doch stets vorhandene Wille, z. B. die Prolongierung eines Darlehns, verwirklicht, ist für die Entstehung des Hypothekenrechts gleichgiltig und auch der besondere Charakter der Forderung, ob sie auf Schenkung, Darlehn oder einem anderen Rechtsgrunde beruht, ist für den Inhalt der Hypothekenbestellung nichts, als unerhebliches Motiv, selbst wenn die Parteien einen Rechtsgrund simuliert oder sich über den Rechtsgrund geirrt haben, falls nur die Forderung an sich zu Recht besteht[3]). Die Erwähnung dieses Grundes im Grundbuch hat denn auch nur den Zweck, die Forderung vor anderen deutlich zu kennzeichnen[4]).

Für alle abstrakten Verträge gemeinsam könnten wir daher nunmehr die Frage aufwerfen, ob durch den künstlichen juristischen Prozess, der ein Rechtsgeschäft zu einem abstrakten gestaltet, eine Loslösung desselben von seinem Rechtszwecke in dem Masse herbeigeführt wird, dass dessen unsittlicher Charakter den abstrakten Ge-

[1]) Prof., III, S. 64.
[2]) a. a. O. S. 90.
[3]) Vgl. auch Dernburg, Preuss. Hypothekenr., Bd. II, S. 60.
[4]) Vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchr., S. 703.

schäftsinhalt nicht ergreift, oder ob das Geschäft seines Zweckes wegen nach der allgemeinen Norm nichtig ist. Es soll dies jedoch möglichst unter Beschränkung auf die hier vorzugsweise interessierenden sachenrechtlichen Geschäfte geschehen.

2. Der Einfluss der Unsittlichkeit der causa eines abstrakten, insbesondere sachenrechtlichen Vertrages auf dessen Rechtsgiltigkeit.

a) Geschichte.

aa) Römisches Recht.

Die altrömischen Formalkontrakte der mancipatio und in iure cessio konnten ihrem Charakter nach keine Beziehung zu ihrem Zwecke in sich aufnehmen, wie auch ihre Wirkung nicht vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden konnte, sodass sie sich als „notwendig abstrakte Geschäfte" bezeichnen lassen (Dernburg).

Ob die traditio, welche später an Stelle dieser Rechtsübertragungsformen trat, abstrakter Natur war, darüber herrschte, besonders auf Grund der Antinomie der l. 36 D. 41, 1 Julians und der l. 18 pr. D. 12, 1 Ulpians eine der ausgedehntesten Streitfragen des gemeinen Rechts, welche seit Savigny allgemein im Sinne der von Julian angenommenen Abstraktheit entschieden zu werden pflegt, doch zu einem sicheren Resultat kaum gelangen lässt.

Eine Handhabe zu der Untersuchung, ob abstrakte Geschäfte von der Unsittlichkeit ihres Zweckes affiziert werden, bietet im römischen Recht aber vornehmlich die Behandlung des obligatorischen Formalgeschäfts der stipulatio, des wichtigsten Vehikels des römischen Verkehrs auf vermögensrechtlichem Gebiete. Sie bildet hinsichtlich der Frage ihrer Unabhängigkeit von einem unsittlichen Zwecke den Streitgegenstand zweier Meinungen, von denen die eine auch für sie ipso iure Nichtigkeit wegen ihres Zweckes annimmt, während die andere nur eine Liberationscondiction ob turpem causam zulassen will.

Lotmar selbst, der gerade das objektive Moment in dem römischen Begriff des Geschäftes contra bonos mores

besonders betont, lässt nun für die stipulatio merkwürdiger Weise seine Theorie fallen und erklärt für ungültig auch diejenige, deren Inhalt an sich nicht unsittlich ist, die aber aus unsittlichem Grunde oder zu unsittlichem Zwecke vorgenommen wurde.[1]) Seine eigenen Belege bekunden jedoch gerade das Gegenteil. An die erste Stelle setzt er die l. 8 D, 12, 5: „si ob turpem causam Titio promiseris, qumavis si petat, exceptione doli vel in factum eum summovere possis". Diese exceptio ist doch der typische praetorische Rechtsbehelf, um ipso iure gültige Forderungen abzuweisen! Ausdrücklich sogar scheint die von Lotmar aus Brinz' Pandekten (II, 2 § 302 a. E.) angeführte Stelle für uns zu sprechen: „Nicht zu verwechseln mit der turpis causa ist der verwerfliche, die stipulatio ipso iure entkräftende Gegenstand des Versprechens, wiewohl er selbst noch turpis causa heisst".

Ebenso gilt die l. 123, D. 45, 1, wo wir gegen Ravit[2]) entschieden Nichtigkeit annehmen möchten (ab initio non valet!), nicht für abstrakte Stipulationen allgemein, denn wenn das flagitium faciendum als wesentliche Bedingung in das Geschäft gesetzt ist, so ist es eben keine abstrakte stipulatio mehr, sondern wird zum Kausalgeschäft[3]).

Hinsichtlich der inhaltlich harmlosen, aber in ihrem Zwecke sittenwidrigen Stipulationen dünkt uns vielmehr, wenn wir auch nicht ohne weiteres mit Ravit die l. 5 C. 4, 5, welche von dem praetorischen denegare actiones spricht, schon dieser Wendung wegen als untrüglich erachten, gerade die von Lotmar zitierte l. 8 D. 12, 5, welche ausdrücklich die stipulatio mit unsittlichem Zweck als propter exceptionem inanis erklärt, für die ipso iure Gültigkeit als sicherer Beweis.

Hiermit scheint in scharfem Widerspruch zu stehen, dass Stipulationen und Traditionen, welche sich auf Schenkungen unter Ehegatten beziehen, für nichtig

[1]) a. a. O., S. 36.
[2]) a. a. O. S. 46.
[3]) So auch Oertmann, Allgem. österr. Gerichtsztg. S. 258.

erklärt werden[1]); aber diese aus rechtspolitischen Rücksichten statuierte Wirkung ist eine ausdrücklich hervorgehobene Singularität und bildet „die einzige Ausnahme von einer im übrigen durch das ganze Rechtssystem sich hindurchziehenden Regel“[2]).

In den Regelfällen, in denen das abstrakte Geschäft nicht ipso iure nichtig ist, stellt das römische Kondiktionensystem das Mittel dar, um die vom Recht immerhin gemissbilligte Wirkung des Geschäfts wieder aufzuheben und liefert durch die Existenz der condictio ob turpem causam einen Beweis dafür, dass abstrakte Geschäfte mit unsittlichem Zweck keineswegs durch diesen nichtig werden. Denn diese condictio begründet gegen den Bereicherten nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe des Erlangten, der aber bei beiderseitiger turpitudo wieder ausgeschlossen ist (l. 3, l. 4, D. 12, 5)

bb) Späteres gemeines Recht und neuere Codifikationen.

1. Im Widerspruche zu der oben gekennzeichneten Einflusslosigkeit der causa auf den Bestand des abstrakten Rechtsgeschäfts im römischen Recht tauchte in der gemeinrechtlichen Doktrin eine Lehre auf, welche die Verbindung zwischen beiden eng wieder herstellte und in den Codifikationen um die Wende des 18. Jahrhunderts deutlichen Ausdruck fand. Sie hatte ihren Ursprung im altgermanischen Recht. Dort „lag das Kennzeichen des dinglichen Rechts nicht in der Verfolgbarkeit gegen Dritte, sondern in der Bekleidung mit der Gewere, welche jedes persönliche Recht durch ihren Hinzutritt zu einem dinglichen machte“.[3]) Die Liegenschaftsübertragung vollzog sich hier durch die sala, ein Geschäft, das den obligatorischen Vertrag und den Übereignungswillen zugleich einschloss, und die investitura, die reale Besitzübertragung. Indem man unter Verquickung dieser Begriffe mit der römischen rein obligatorischen iusta causa traditonis und dem dinglichen Übertragungs-

[1]) l. 3 § 10 D. 24, 1; l. 5 § 4 eod. l. 33, pr. eod. l. 39 pr. eod.

[2]) Gradewitz, Ungültigkeit, S. 191.

[3]) Gierke, Dtsch. Privatr., II, S. 608.

geschäft der traditio in die erstere auch das Übereignungsgeschäft verlegte, das durch die traditio nur noch zum realen Vollzug kommen sollte, gelangte man dazu, Forderungsrechte als „Titel“ zunächst zum Erwerbe des Eigentums und später aller dinglichen Rechte anzusehen und die gültige Übertragung eines dinglichen Rechts von dem Zusammenwirken von Titulus mit dem Apprehensionsakt, dem Modus, abhängig zu machen, ohne Rücksicht darauf, dass der Traditionswille begrifflich keineswegs mit dem Kausalgeschäft verbunden sein muss. Das Forderungsrecht wurde so „konstitutives Element des Sachenrechts“ (Gierke). Es ist klar, dass von einem abstrakten sachenrechtlichen Geschäft hier nicht die Rede sein kann, alle Mängel, welche dem Zwecke der Rechtsübertragung anhaften und in dem mit diesem notwendig verknüpften Kausalgeschäft begründet sind, zugleich Mängel der Übertragung des Sachenrechts sind, sodass die Unsittlichkeit jenes eo ipso auch dieses ergreift und nichtig macht.

2. Stark ausgebildet findet sich diese Theorie im preussischen Allgemeinen Landrecht, das sie in dem Gedanken, „dem dinglichen Recht durch den Modus Erkennbarkeit zu schaffen“ [1]) rezipiert hat. Schon äusserlich ist dies in der Trennung der unmittelbaren Eigentumserwerbsarten in Tit. 9, Teil I und der mittelbaren in Tit. 10, Teil 1 von den Erwerbstiteln in Tit. 11 und 12 erkennbar. Sogar beim originären Erwerb wird der Mangel eines eigentlichen Titels verdeckt, dass auch das Gesetz und das richterliche Urteil als Titel aufgestellt werden. Nach A. L. R., das demnach den abstrakten dinglichen Vertrag nicht kennt, ist also die Nichtigkeit der dinglichen Rechtsübertragung eine notwendige Folge der Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Kausalgeschäfts.

Auch das österreichische B. G. B. von 1811 ist von dieser Theorie beherrscht, (§§ 380, 424, 425, 449, 480, 481) wenngleich sie im Hinblick auf die condictio indebiti des § 1431 dort nicht mit der Schärfe des A. L. R. durchgeführt scheint.

[1]) Förster-Eccius, Preuss. Privatr. I, S. 139.

Der Code civil hat insofern eine ganz extreme Richtung eingeschlagen, als er dem obligatorischen Vertrag die unmittelbare Wirkung der dinglichen Rechtsänderung zuschreibt. Dies besagt Art. 711: „La propriété s'acquiert et se transmet par d'effet des obligations", ferner Art. 1138: „L'obligation de livrer la chose rend le créancier proprietaire" und die Art. 1131 und 1133, welche eine Verbindlichkeit, die keinen Grund oder einen falschen oder unerlaubten hat, für wirkungslos erklären. Hier ist also die Willenseinigung Titulus und Modus zugleich.[1]) Unsere Frage nach der Affizierung der dinglichen Rechtsübertragung von der causa verbietet sich hier von vornherein, da sich die Antwort aus der begrifflichen Vereinigung von Kausalgeschäft und Übertragungsakt als selbstverständlich ergibt.

b) Geltendes Recht.

aa) Die Abstraktheit als variabler Begriff.

Das B. G. B. hat entsprechend dem Bedürfnis des modernen Verkehrs in seinen obligationenrechtlichen sowie in den sachenrechtlichen Teil abstrakte Rechtsgeschäfte in grosser Zahl aufgenommen, ganz abgesehen von der Handelsgesetzgebung, welche in Gestalt der Wertpapiere, insbesondere des Wechsels, abstrakte Verpflichtungen von hoher Bedeutung für den Verkehr enthält. Für diese Fülle derartiger Geschäfte ist jedoch keineswegs ein einheitlicher Grad der Abstraktheit zu statuieren, zahlreich sind die Unterschiede in der Zulassung von Einwendungen aus ihrer causa gegen die Klage aus dem abstrakten Rechtsgrunde, man vergleiche nur das Schuldanerkenntnis und den Wechsel. Den hier vorzüglich interessierenden sachenrechtlichen Geschäften ist im ganzen ein stärkeres Mass der Abstraktheit eigen als den obligatorischen. In der Frage nun, inwiefern die Unsittlichkeit des Zweckes eines abstrakten Geschäfts dessen Giltigkeit beeinflusst, ist es angesichts dieser graduellen Verschiedenheiten nicht mög-

[1]) Zachariä-Puchelt, S. 454, zit. b. Förster-Eccius, I, S. 139, Anm. 11.

lich, aus seinem Begriffe eine gänzliche rechtliche Beziehungslosigkeit zur causa anzunehmen. Eine andere Frage ist es aber, wie stark diese Beziehung auf das sachenrechtliche Geschäft einwirkt. Dies ist ein in der Theorie stark umstrittenes Problem.

bb) Die subjektive Theorie.

Auf Seiten derer, welche die Nichtigkeit auch des abstrakten Geschäfts wegen seines unsittlichen Zweckes annehmen, finden die meisten ihre Stellungnahme in dem Standpunkt vorgezeichnet, welchen sie bei der Beurteilung eines unsittlichen Geschäfts als solchen überhaupt einnehmen. Folgern sie eine solche Unsittlichkeit schon aus dem Motiv, so ist es ganz logisch, auch das abstrakte Geschäft nach dem Zweck zu beurteilen, denn auch hier liegt ja ein solcher kraft psychologischer Notwendigkeit vor. Dass die causa proxima, der Geschäftszweck, beim abstrakten Vertrage juristisch ausgeschieden ist, kann diesem Schlusse keinen Eintrag tun; denn auch beim kausalen Geschäft stellen ja für diese Theorie hinsichtlich der sittlichen Qualifizierung durch das Recht Inhalt und Zweck gleichwertige Faktoren dar, da es für sie nur auf das psychologische Moment ankommt.

Hierzu gehört vor allem Dernburg, den wir schon als Anhänger der „subjektiven" Theorie kennen gelernt haben. Gewiss ist es für ihn unwesentlich, ob der Zweck im Geschäft selbst hervorgehoben ist oder nicht; „die Frage, wann ein Geschäft sittlich oder unsittlich ist, kann von diesem zufälligen und rein äusserlichen Umstande nicht abhängen", der unsittliche Wille besteht ja so und so. In diese Konstruktion kann natürlich § 817 nicht passen. Aber im § 138 soll ja das grosse Prinzip liegen und so ist denn „diese Vorschrift als die prinzipielle und innerlich allein gerechtfertigte zu erachten."[1]) An anderer Stelle[2]) erklärt Dernburg die Bedeutung des § 817 für zweifelhaft. Nach § 138 sei aber eine unsittliche Übereignung nichtig und begründe die Vindikation, eine

[1]) Dernburg, Lehrb. d. bürgerl. R. II, 1 § 90, S. 199 ff
[2]) Dernburg, l. c. II, 2 § 379, S. 687.

Folge, von der nicht angenommen werden könne, dass § 817 sie beseitigen wolle. Der Zweck dieser Vorschrift habe, so hilft sich Dernburg mit Not, jedenfalls noch die Bedeutung, für den Fall des Ausschlusses der Vindikation, z. B. durch Verbrauch der Sache, den Umfang des Herausgabeanspruches zu bestimmen. Aus dem Ausschluss der Condiction bei par turpitudo ergibt sich denn für ihn der merkwürdige Schluss, dass, wenn z. B. jemand einen anderen gegen Übereignung eines Pferdes zum Morde dinge, das Pferd vindiziert werden könne; habe er aber Geld gegeben, dass der Mörder verbraucht hat, so erhalte er nichts.

Es wäre in der Tat eine „ungewöhnliche, dem Sprachgebrauch nicht entsprechende" Ausdrucksweise des Gesetzes, so wie Dernburg es interpretiert, dass jemand zur „Herausgabe" einer Leistung verpflichtet sein soll, wenn er den Wert zu erstatten hat, und das Resultat dieser gepressten Auslegung zeigt denn auch eine unerklärliche Asymmetrie.

Auch Neubecker geht von derselben Grundlage aus wie Dernburg. Hören wir seine knapp gefassten Argumente für die Anwendung des § 138[1]): „Das dingliche Geschäft ist abstrakt, aber nicht so, dass es von der unsittlichen causa unbeeinflusst wäre. Im Entwurf I stand es anders, und darum dürfen die Motive zum B. G. B. auch hier nur mit Vorsicht benutzt werden. Dass nach B. G. B. die Beweggründe einem Geschäft den Charakter der Unsittlichkeit verleihen können, kann nicht wohl bestritten werden. (?) Dass der Inhalt unsittlich sein müsse, war nach Entwurf I richtig. Jetzt ist die Sachlage so, dass in § 138 eine weitgreifende Bestimmung des öffentlichen zwingenden Rechts den Parteien wirksam eine Schranke entgegengesetzt." Wir erkennen die unrichtige Grundanschauung — mit ihr fällt die Deduktion.

Kohler,[2]) der den extremsten subjektiven Standpunkt in der Auslegung des § 138 einnimmt, erklärt folgerichtig

[1]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 20, S. 69.
[2]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd 5, S. 249.

auch ein dingliches Geschäft z. B. eine Servitutenbestellung zur Förderung der Unsittlichkeit, für nichtig.

cc) Die objektive Theorie.

Die so gezogenen Konsequenzen der subjektiven Theorie sind in der Tat unabweisbar.

Indem wir unsererseits die sittliche Qualifizierung des Vertrages wegen seines Zweckes nur von der causa proxima, dem inhaltlichen Geschäftszweck abhängig machen, kann es sich für uns nur darum handeln, ob die Unsittlichkeit dieser, welche man ja auch beim abstrakten Geschäft aus der Reihe der Motive herausheben kann, imstande ist, die Wirksamkeit des letzteren zu beeinflussen. Wie das römische Recht, so enthält auch das B. G. B. in seinem obligationenrechtlichen Teile besonders aufgeführte Fälle, wo die vom Gesetze erklärte Reprobation der causa auch das für sie ausgestellte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis trifft. Es sind dies die Fälle der §§ 656, 762, 763, 518. Aber gerade aus ihrer speziellen Hervorhebung wird der Schluss e contrario auf den Ausnahmecharakter dieser Fälle gegenüber einer Regel gerechtfertigt, welche den Geschäftsinhalt grundsätzlich von dem unsittlichen Geschäftszweck unabhängig gestaltet[1]). Es würde aus dem Rahmen dieser Erörterung fallen, wollten wir diesen Satz für die Schuldverträge nachweisen, für die er u. E. auch Geltung hat; für die hier interessierenden dinglichen Geschäfte ergibt er sich aus ihrer Regelung im Gesetze entschieden. Wir beziehen uns hier auf das, was hinsichtlich der Geschichte und Bedeutung der Einigung des § 873 oben ausgeführt worden ist, und knüpfen hieran die Annahme, dass es einer besonderen Ausnahmevorschrift bedürfte, um den „grossen Grundsatz von der Abstraktheit des dinglichen Vertrages[2])," welcher mindestens ebenso prinzipielle Bedeutung hat, wie der des § 138, für den Fall der unsittlichen causa zu durchbrechen. Eine solche Vorschrift fehlt aber. Es bildet im Gegenteil vielmehr die Spezialvorschrift des § 817, welcher, um deren obligatorische

[1]) So auch Oertmann, D. J. Z. 02, S. 106.

[2]) Mot. II, S. 830, III, S. 8 u. 9.

Rückforderung zu begründen, bezw. im Satz 2 auszuschliessen, eine wirksame Vermögensverschiebung gerade voraussetzt und eine solche auch bei unsittlichem Zwecke als möglich ergibt, eine starke Bestätigung unserer Ansicht. Dies wenigstens ist die natürliche Auslegung dieser Norm, entgegen jener oben erwähnten Auffassung, welche diese, soweit sie sie nicht als unnütz in der Hauptsache eliminiert, in einer dem Sinne des Gesetzes widersprechenden Weise künstlich missdeutet. Kommt es hiernach für die sittliche Beurteilung eines abstrakten Geschäfts nur auf den Geschäftsinhalt, losgelöst vom Geschäftszweck, an, so ergibt sich hieraus die Konsequenz für die Frage der Anwendbarkeit des § 138 auf solche Geschäfte. Dass der nackte Inhalt des abstrakten dinglichen Geschäfts eine Unsittlichkeit aufweise, ist eine tatsächliche Unmöglichkeit, die Motive finden in diesem Inhalt aber keinen Anhaltspunkt, zu dessen Auslegung sie dienen könnten.

Ein abstrakter dinglicher Vertrag kann also auf Grund seines Zweckes begrifflich nicht im Rechtssinne des § 138 gegen die guten Sitten verstossen. Dies ist denn auch in der Literatur die vorherrschende Meinung. Windscheid-Kipp[1]), Planck[2]), Endemann[3]), Enneccerus-Lehmann[4]), Staudinger[5]), Kretzschmar[6]) u. a. sind darin einig, dass ein abstraktes Geschäft nicht seines Zweckes wegen unter § 138 falle, weil dieser nicht in seinem Inhalt zum Ausdruck komme. Nichts anderes hat Oertmann[7]) im Sinne, wenn er unterscheidet zwischen Geschäften, die selbst unsittlich sind, wie z. B. die stipulatio flagitii faciendi causa und solchen, bei denen die Parteien subjektiv unsittlich handeln, ohne dass es im Geschäft zum Ausdruck kommt und ihm so einen objektiv unsittlichen Charakter aufzwingt. Hinsichtlich der sachenrechtlichen Geschäfte finden wir auf unserer Seite auch

[1]) S. 885.
[2]) zu § 138, 1 a.
[3]) I, S. 1209.
[4]) § 98, S. 223.
[5]) I, zu § 138, 1 5.
[6]) Sächs. Arch. Bd. 11 S. 140.
[7]) Recht d. Schuldverh., zu § 817, 2b 4,2.

Klingmüller. Dieser, der sich im Prinzip zu der von uns abgelehnten subjektiven Theorie zu bekennen scheint, da er sich auf den Boden dieser vom O. L. G. Dresden (Recht VI, S. 71) vertretenen Meinung stellt[1]), zieht die Konsequenzen dieser Stellung nicht voll. Nur für abstrakte Schuldverträge lässt er unter Ablehnung eines einheitlichen Begriffs der Abstraktheit die „zwingende" Vorschrift des § 138 gelten, während er bei dinglichen Geschäften dem Zwecke nur insoweit Einfluss beimisst als er die Condition begründe[2]).

Crome stimmt im Resultat überein und steht nur in der Begründung auf einem eigenartigen Standpunkt, insofern als er die sachenrechtlichen Geschäfte im Gegensatz zu den obligatorischen deshalb für unbeeinflussbar von der causa erklärt, weil ihre Abstraktheit nicht wie die jener auf Parteiwillkür beruhe[3]). Diese Motivierung ist m. E. aus dem Gesetz heraus unbegründbar, es kommt vielmehr nur auf den abstrakt gehaltenen Inhalt an.

Auch die Praxis folgt dieser natürlichen Auffassung des Gesetzes. Das R.-G. erklärt (Bd. 8 S. 97) einen Wechsel, der auf Grund wucherischen Geschäfts gegeben wurde, für ipso iure giltig und nur condicierbar. Wenn es in Bd. 36, S. 314 eine Hypothek, die für eine unsittliche Forderung bestellt ist, für nichtig hält, so geschieht dies ausdrücklich nicht im Widerspruch mit der Entscheidung in Bd. 8, sondern in dem Gedanken, dass die Hypothekenbestellung mit dem Kausalgeschäft als einheitliches Geschäft aufgefasst werde und als Teil des ganzen Geschäfts nach § 139 nichtig sei[4]). Nur für den Aus-

[1]) Schuldverspr. u. Schuldanerk., S. 135.

[2]) Rechtsgrund, S. 90.

[3]) System, II, S. 1001.

[4]) Die Auffassung der Hypothekenbestellung als Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts teilt Enneccerus (S. 446, III, 3) auch ohne die im Willen der Parteien begründete subjektive Zusammenfassung, ferner Recht X, S. 47 und O. L. G. Dresden Bd. 13, S. 321 auch für andere dingliche Geschäfte. Die ganze Anschauung ist m. E. mit dem abstrakten Charakter der Einigung nicht vereinbar und macht sich zum Teil einer in der Regel, aber nicht immer begründeten Unterstellung von Parteiabsichten schuldig, welche überdies bei der bedingungsfeindlichen Auflassung wirkungslos wären Richtig Staffel, Sächs. Arch. Bd. 9 S. 360 ff.

nahmefall des Wuchers erklärt das Reichsgericht (Bd. 57 S. 95) auch die auf Grund des wucherischen Geschäfts erfolgte Übereignung nach § 138,2 für nichtig, weicht aber in Bd. 48, S. 293 indem es eine schenkweise Übereignung von mit Wissen des Empfängers gestohlenen Wertpapieren für nichtig erklärt, von der Regel ab, wenngleich Förster (Recht 05, S. 357) auch in dieser Entscheidung nur die Nichtigkeitserklärung der obligatorischen Schenkung erkennen will.

Zweifelhaft könnte uns noch der Wortlaut des § 138,2 machen, der ein Geschäft für nichtig erklärt, durch das sich jemand wucherische Vorteile versprechen oder gewähren lässt und ein solches als Musterbeispiel für sittenwidrige Geschäfte anführt. Dieser durch die Reichstagskommission hinzugefügte Absatz enthält aber in seinem Wortlaut einen durch keine Interpretation zu beseitigenden Widerspruch zu dem System des Gesetzes. Legen wir auf das „gewähren" Gewicht, so ist das wucherliche Leistungsgeschäft nichtig und der Ausdruck „insbesondere" dehnt diese Nichtigkeit auf alle Leistungsgeschäfte aus. Hierzu aber steht der § 817, welcher die im Gesetze, wie gezeigt, begründete ipso iure Giltigkeit des unsittlichen Leistungsgeschäfts voraussetzt, in unlöslichem Widerspruch. Man kann auch die Vorschrift nicht als Verbot auslegen, sodass sie an sich unter § 134 fiele, und das Geschäft vermöge dessen salvatorischer Klausel nur von § 817 betroffen würde, denn das Geschäft wird ausdrücklich für nichtig erklärt. Auch Oertmanns und Leonhards Meinung, dass, weil die Leistung in das Geschäft aufgenommen sein müsse, und dies bei einem abstrakten Geschäft nicht möglich sei, „nie ein isoliertes Versprechen an sich, sondern immer nur ein durch das Gegenversprechen synallagmatisch verknüpftes, einen wucherischen Inhalt" haben könne[1]), greift für die dinglichen Geschäfte nicht durch, da auch diese durch das Wort „gewähren" in die Vorschrift einbezogen sind. Es bleibt daher kein günstigerer Ausweg, als dem System

[1]) Oertmann, Allgem. österr. Gerichtsztg., S. 252; Leonhard, Allgem. T., S. 379, auch Enneccerus, § 158 IV. S. 362.

des Gesetzes entsprechend, für die wucherischen Leistungen die von § 138 verordnete Nichtigkeit nicht durchgreifen zu lassen, sie vielmehr nach dem allgemeinen Prinzip dem § 817 zu unterwerfen, sodass auch hier die einheitliche Auffassung des § 138, d. h. der Ausschluss seiner Anwendung auf abstrakte Geschäfte gewahrt bleibt[1]).

Dritter Teil.

Die Wirkung der Nichtigkeit einer Forderung aus unsittlichem Vertrage auf den Rechtsbestand der für sie bestellten Hypothek.

I. Geschichte.

a) Römisches Recht.

Die älteste Form der pfandrechtlichen Sicherung einer Forderung in Rom, die sogenannte fiducia, eignet sich insofern nicht zu einem Vergleich mit der modernen Hypothek, als ihre sachenrechtlichen Wirkungen zu dem Sicherungszwecke in keinerlei rechtlicher Beziehung stehen. Die fiducia übertrug dem Fiduziar das unbedingte Eigentum an der Sache durch die abstrakten Geschäfte der mancipatio und in iure cessio, deren dingliche Wirkungen ihrer Natur nach von ihrer causa unabhängig sind, während durch das pactum fiduciae, das in das Geschäft aufgenommen wurde, nur ein obligatorischer Anspruch auf remancipatio im Falle der Schuldzahlung begründet wird. Von einem Rechte auf Befriedigung aus der Sache ist also hier keine Rede. Auch die für Mobilien und Immobilien gleich angewandte Sicherungsform des pignus war ursprünglich nur ein rein tatsächliches Verhältnis. Der Empfänger hatte nur den blossen interdiktisch geschützten Besitz und war der rei vindicatio des Eigentümers ausgesetzt.

Ein eigentliches Pfandrecht an der Sache findet sich in Rom erst in der hypotheca, einem wahren Verpfändungsvertrag, der für den Gläubiger ein dingliches, durch die actio hypothecaria in rem gegen jedermann verfolg-

[1]) So auch Förster im Recht 05, S. 357.

bares Recht an der Sache schuf, vermöge dessen er im Falle der Fälligkeit der Schuld anfangs zwar keine weitere Befugnis als das Recht zum Besitze, später aber ein Recht auf Befriedigung aus der Sache durch Verkauf erhielt. Natürlich konnte der Besitz der verpfändeten Sache auch von Anfang an daneben dem Gläubiger überlassen werden, sodass auch hier ein pignus, aber ein mit dem Rechte zum Besitze ausgestattetes, vorkommen konnte. Dass ein solches Pfandrecht seiner Wirksamkeit der Grundlage einer gültigen Forderung bedarf, ist wohl unbestritten. Schon in der Formel der a. hypothecaria kommt dies durch die Klausel „propter pecuniam debitam" deutlich zum Ausdruck. Auch sind Stellen, wie die l. 43. D. 46, 3: „In omnibus speciebus liberationum et iam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora" und die ähnliche l. 6, D. 20, 6 hierfür ein einwandsfreier Beleg[1]). Wenn von Dernburg[2]) und Schott[3]) einerseits behauptet wird, dass ein Pfandrecht auch ohne Forderung, z. B. für eine künftige oder bedingte entstehen könne, während andererseits die Pfandrechtsnatur einer solchen Anwartschaft von Windscheid[4]), Scheurl[5]) u. a. geleugnet wird, so handelt es sich hierbei nur um einen theoretischen Streit über den Rechtsbegriff des Pfandrechts. Steht die Nichtigkeit einer solchen zukünftigen Forderung fest, so wird die Unwirksamkeit des Pfandrechts auch von Dernburg[6]) auf den Zeitpunkt seiner Bestellung zurückbezogen, während nach der anderen Meinung von einem solchen nie die Rede war.

Bei der reinen hypotheca kann also von einem Rechte des Gläubigers bei nichtiger Forderung nicht gesprochen werden[7]).

Fraglich ist es hingegen, ob auch ein hingegebenes Pfand zurückgefordert werden kann, wenn es für eine

[1]) Vgl. auch Dernburg, Pfandr., I, S. 514.
[2]) l. c. I, § 69.
[3]) Jher. Jahrb., Bd. 15, S. 1 ff.
[4]) § 225.
[5]) Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 2, S. 498/99.
[6]) l. c. I, S. 527.
[7]) Vgl. l. 11 § 3 D. 13, 7.

aus beiderseits unsittlichem Vertrage entspringende Forderung bestellt ist. Im Hinblick auf den Ausschluss der condictio ob turpem causam bei par turpitudo in l. 3, l. 4, l. 8 D. 12, 5; l. 2, l. 5 C. 4, 7 wollen Glück[1]) und Weber[2]) nur bei Rückforderbarkeit des auf die Hauptschuld Geleisteten, wie sie in besonderen Fällen, z. B. bei Spielschulden und Schulden der Minderjährigen und Verschwender, die ohne auctoritas tutoris eingegangen sind, die Condiction zulassen. Gegenteiliger Meinung sind Sintenis[3]), der den Begriff des Pfandrechts bei nichtiger Forderung vermisst, Büchel[4]) und Dernburg[5]), der betont, dass der Kläger in diesem Falle sich nicht auf die Unsittlichkeit, sondern auf die Nichtigkeit der Forderung stütze.

Letzteres ist zutreffend, denn der Ausschluss der repetitio bei par turpitudo ist für die obligatorische Condiction gegeben, kann aber keine Anwendung finden dort, wo mangels einer Rechtsverschiebung von einer repetitio nicht gesprochen werden kann, vielmehr die Herstellung des der wahren Rechtslage entsprechenden tatsächlichen Zustandes erstrebt wird. Dafür spricht auch deutlich die l. 129, D. 50, 17: „Nihil dolo creditor facit, qui suum recipit; cum principalis causa non consistit, ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent"; der rei vindicatio ist also der Einwand der turpis causa nicht entgegen zustellen. Die Existenz des durch hypotheca und pignus in neuerem Sinne sicher gestellten Rechts ist also begrifflich abhängig von dem Bestehen der Forderung, mit deren Existenz es steht und fällt.

b) Älteres deutsches Recht.

Die Frage, ob im älteren deutschen Recht durch die Rechtsgeschäfte, welche die Erfüllung einer Schuld durch Verhaftung eines Grundstücks sichern sollten, eine selbständige Belastung des Grundstücks, unabhängig von

[1]) Pand., Bd. 14, S. 41.
[2]) Natl. Verbindl., § 105, S. 498.
[3]) Handb. d. gem. Pfandr., S. 38, 40.
[4]) Civilrechtl. Erört., Bd. 2, S. 121.
[5]) l. c. S. 544.

dem Bestehen einer Forderung, bewirkt wurde, ist, nachdem sie lange in verneinendem Sinne beantwortet worden war, durch die Untersuchungen Meiboms wieder aufgeworfen worden.

Wohl zu unterscheiden ist diese Frage von derjenigen, ob neben der Grundstückshaftung auch eine persönliche Haftung erfordert ist. Durch die grundlegenden Untersuchungen Amiras[1]), denen neuerdings besonders die Darlegungen von Egger und Puntschart an die Seite getreten sind, ist die „Schuld" des deutschen Rechts als ein reines „Bekommensollen" in scharfen Gegensatz zu dem Haftungsverhältnis gestellt worden, welches zum Einstehen für die Schuld sehr wohl entweder Sachen allein oder Personen oder beides zugleich verhaften könne und damit in wesentlichem Gegensatz zu der römischen obligatio stehe, bei welcher die dingliche Pfandhaftung stets zu einer persönlichen hinzutrete.

Für das heutige Recht ist besonders Isay[2]) der Durchführung dieses deutschrechtlichen Gedankens nachgegangen.

Im deutschen Recht tritt uns als älteste Form jener Sicherstellung ein Institut entgegen, das man wohl als resolutiv bedingte Übereignung bezeichnen kann, wenngleich einige hier eine Suspensivbedingung annehmen. Die Bedingung bildet hier die Erfüllung der Schuld. Fällt aber in diesem Falle das Pfand bedingungsgemäss an den Schuldner ipso iure zurück, so schliessen wir hieraus mit Notwendigkeit, dass dort, wo eine Erfüllung mangels einer Schuld begrifflich ausgeschlossen war, die dingliche Klage sofort begründet und eine Rechtsverschiebung nicht eingetreten war.

Ob ein ähnlicher Schluss auch auf die Rechtsformen der „Satzungen" zutrifft, die sich an dieses Institut angeschlossen haben, ist recht zweifelhaft Die Theorie unterscheidet hier die sogenannte ältere Satzung, durch welche der Gläubiger eine mit Nutzungsrecht bis zur

[1]) v. Amira, Nordgerm. Obligationenr., Bd. I, §§ 4 ff., Bd. II. §§ 5 ff.

[2]) Isay, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Jh. Jb. 2 F. Bd. 12, S. 187.

Einlösung verbundene Pfandgewere erhält und die jüngere, bei der Besitz und Nutzung dem Schuldner verblieben und der Gläubiger ein Exekutionsrecht hinsichtlich der Sache für den Fall der Nichtzahlung besass.

Meibom[1]) erklärt für die ältere Satzung eine Schuld nicht als wesentlich. Die Satzung sei hier entweder „Strafgedinge", indem das Pfand verfallen sollte, wenn eine bestimmte Bedingung eintrete, namentlich ein gewisses Versprechen nicht rechtzeitig erfüllt werde. Oder sie sei „Tauschgedinge", wobei der eine Teil die Nutzung an seinem Grundstück veräussert und der Erwerber dafür eine bestimmte Summe gezahlt habe, ein Einlösungsrecht des Veräusserers aber vorbehalten wurde.

Im Gegensatz hierzu setzt die herrschende Meinung bei der älteren Satzung eine Schuld als begriffswesentlich voraus[2]), und zwar mit Recht. Wir können dies aus der Gestaltung des Lösungsrechts deutlich ersehen. Übt der Verpfänder dieses aus, wenn auch nach langer Zeit, so fällt damit das Pfand doch ipso iure an ihn zurück[3]). Er ist nicht etwa auf einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe beschränkt. Sogar gegen den dritten Erwerber der Pfandschaft wirkt das Lösungsrecht, wie Meibom selbst zugibt (S. 339). Diese dingliche Wirkung ist es ja vornehmlich, welche die ältere Satzung von dem Kauf auf Wiederkauf unterscheidet, welcher nur einen obligatorischen Anspruch begründet. Hierin liegt ein klarer Beweis für die Abhängigkeit des Satzungsrechts von einer Schuld, ohne welche dieses mit einem Pfandrechte nichts als den wirtschaftlichen Zweck gemein hätte. Be-

[1]) Dtsch. Pfandr., S. 23.

[2]) So z. B. Beseler, Dtsch. Privatr., S. 271/72. Stobbe, D. P II, S. 271/72. Gierke, D. P. S. 817, bes. Stobbe, Krit. Viert. Schr. Bd. 9, S. 307.

Puntschart, Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter, S. 259 ff. insbes. S. 270.

Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht in Gierkes Untersuchungen z. dtsch. Staats- u. Rechtsgeschichte, Heft 69 (1903), bes. S. 37.

Rud. Hübner, Grundzüge d. dtsch. Privatrechts, S. 454.

[3]) Anders Beseler D. P. S. 372 gegen die h. M.

sonders hervortretend ist diese Abhängigkeit bei der sogen. Todsatzung, welche dem Pfandnehmer die Nutzungen überliess, bis die Schuld durch sie getilgt sei. Sie ist ohne das Vorhandensein einer solchen gar nicht denkbar, da eine nicht vorhandene, oder mit der Pfandbestellung konsumierte Schuld offenbar nicht getilgt werden kann[1]). Kohler[2]) bezeichnet diese Eigenschaft scharf dahin: es sei die Zweckfunktion dem Satzungsrechte ebenso immanent wie dem römischen Nutzpfande und stehe wie dieses zur fiducia in schroffem Gegensatze.

Auch der accessorische Charakter der neueren Satzung ist nicht in Abrede zu stellen, denn wo das Pfand nicht dem Gläubiger gerichtlich übereignet wurde, wie nach dem Sachsenspiegel, musste dieser beim Verkauf die hyperocha herausgeben, was eine Schuld begrifflich voraussetzt. Ferner aber haftete der Schuldner nach altem Rechte zwar grundsätzlich nur mit der Sache, später aber bei mangelnder Deckung auch persönlich mit seinem übrigen Vermögen, sodass auch hier die Schuld wesentliche Bedingung ist[3]).

Mehrfache Beweismomente dafür, dass eine Schuld notwendige Voraussetzung der Pfandhaftung ist, bietet auch die Terminologie des Sachsenspiegels. Dieser spricht davon, dass das Pfand „einstehe", bezeichnet den Pfandgeber als „Schuldner" und nennt die Lösungssumme für das Pfand „Darlehnssumme"[4]). Dies alles spricht gleichfalls für unsere obige Annahme.

c) Das deutsche Recht nach der Rezeption.

Mit dem Eindringen des römischen Rechts zogen auch die römischen Pfandrechtsgrundsätze der Nichterkennbarkeit, der Generalhypotheken und Privilegien in das deutsche Rechtsleben ein und drängten die hier allein gerechtfertigten deutschen Prinzipien der Publizität und Spezialität vielfach in den Hintergrund. Trotz jener dem

[1]) So auch Weber, Hypothekenr. I, S. 79.
[2]) Pfandrechtl. Forsch., S. 99.
[3]) Hierzu Weber, Dtsch. Hypothekenrecht, S. 89.
[4]) Puntschart a. a. O. S. 270 ff.

selbständigen Grundpfande feindlichen Gestaltung des Hypothekenrechts vermochten es doch die Partikularrechte, Rechtsgedanken festzuhalten, auf denen sich allein ein von der Forderung unabhängiges Hypothekenrecht bilden konnte. Einmal erhielt die Publizität vielfach eine so wesentliche Rolle, dass nur der öffentliche Akt eine giltige Hypothek begründen konnte, so z. B. in der preussischen Hypotheken-Ordnung von 1722. Ferner wurde dem nicht persönlich verhafteten Eigentümer des Grundstücks das beneficium excussionis versagt und seine Haftung somit zu einer prinzipalen gestaltet. Hauptsächlich aber war es der Begriff der „dinglichen Schuld“ [1]), welcher auf die Hypothekenbelastung angewandt, diese von einer persönlichen Schuld loslösen konnte. Entsprungen aus dem Rentenkauf, der eine abstrakte Belastung des Grundstücks erzeugte, wurde dieser Gedanke mit dessen Verwendung statt des nach kanonischem Rechte verbotenen zinsbaren, hypothekarisch gesicherten Darlehns auf die Hypothek übertragen. Er zeigt sich z. B. in der Ansicht, dass die Hypothekenklage nicht nur auf Herausgabe des Grundstücks, sondern auf Zahlung gegen den Eigentümer gehen konnte, während nach römischem Recht nur das erstere zulässig war [2]). Auf Grund dieser Gedanken, verbunden mit der Publizität der Hypothek konnte sich das Grundpfand als ein Institut entwickeln, das sowohl die formalen wie die konstruktiven Erfordernisse besass, sich von der Kausalforderung unabhängig zu machen. Aber erst im 19. Jahrhundert ging man daran, diese Rechtsbildung gesetzgeberisch als „Grundschuld“ zur Anwendung zu bringen.

d) Neuere Codifikationen.

Die Schaffung der formalen Vorbedingung für die Verselbständigung der Hypothek in Preussen, das Publizitätsprinzip, wurde angebahnt durch die allgemeine Hypotheken- und Konkursordnung Friedrich Wilhelm I. von 1722. Aber erst die nach einem Entwurf von Svarez

[1]) Hierzu Gierke, D. P. S. 834.
[2]) Roth, D. P. III. S. 518.

1783 erlassene allgemeine Hypothekenordnung brachte eine umfassende Regelung des formellen Hypothekenrechts, welche tatsächlich zur Durchführung gelangte, während das materielle Hypothekenrecht im Allgemeinen Landrecht von 1794 enthalten ist.

Dieses Gesetz hält jedoch noch an der streng accessorischen Hypothek grundsätzlich fest. Dies ergibt sich vor allem aus den §§ 11 und 12 I, 20 A. L. R., welche besagen: § 11: „Für jeden an sich rechtsbegründeten Anspruch kann durch Pfand oder Bürgschaft Sicherheit gestellt werden." § 12: „Ist der Anspruch an sich ungültig, so ist auch die dafür bestellte Hypothek ohne Wirkung." Ferner aus § 415, I, 20, wonach die Gültigkeit des Hypothekenrechts an und für sich von der Gültigkeit des Anspruchs abhängt, zu dessen Sicherheit dasselbe bestellt worden. Auch die §§ 422 ff. A. L. R. I, 20 würden hierher gehören. Hiernach hat die Hypothek des A. L. R. den Sicherungscharakter der römischen Hypothek; die in diesen Vorschriften enthaltenen Sätze stellen das gerade Gegenstück zu einer Formalwirkung des Hypothekenbestellungsaktes dar und lassen einen solchen, wenn er für eine nichtige insbesondere aus unsittlichem Vertrage entspringende Forderung vorgenommen wird, als materiell wirkungslos erscheinen, sodass der Eingetragene keinerlei Rechte daraus erwirbt.

Es ist jedoch hier zu bemerken, dass auch das A. L. R. durch den Schutz des gutgläubigen dritten entgiltigen Erwerbers einer Hypothek gegen Einwendungen aus der Kausalforderung im § 422 I, 20 und Anhang § 53 zu A. L. R. I, 20 schon einen Weg betritt, der auf die Emancipation der Hypothek von der Forderung hinausgeht.

Werfen wir einen Blick auf die Stellung, welche die Nachbarkodifikationen des A. L. R. zu unserer Frage nach der Rechtswirkung einer für nichtige Forderung bestellten Hypothek einnehmen, so erscheint im österreichischen B. G. B. von 1811 zwar ebenfalls die unter dem Titel „Pfandrecht" geregelte Hypothek nach § 447 als ein Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit nicht zur bestimmten

Zeit erfüllt wird, die Befriedigung zu suchen, also als reines Sicherungsrecht, was durch § 449, wonach sich das Pfandrecht immer auf eine gültige Forderung beziehen soll, noch bestätigt wird Doch war in den einzelnen Ländern der Monarchie seit dem 18. Jahrhundert durch die sogen. Landtafelpatente das Publizitätsprinzip mit dem Schutz der publica fides schon weit durchgeführt[1]). Das Eingehen auf diese Provinzialordnungen würde hier zu weit führen, jedenfalls ist durch sie der Grundsatz des B. G. B. so vielfach durchbrochen, dass er als einheitlich geltender nicht anzusehen ist.

Das westliche Nachbarrecht, der Code civil, kennt gleichfalls nur die streng accessorische Hypothek, wie sich dies ja auch in den Rahmen seiner Auffassung von der Unselbständigkeit der dinglichen Rechtsänderung gegenüber der causa einfügt. Seine Definition der Hypothek in Art. 2114: „L'hypotheque est un droit reel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation" und seines Immobiliarprivilegs in Art. 2095: „Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothecaires" bringt die Abhängigkeit dieser Rechte von der Forderung klar zum Ausdruck. Sogar der öffentliche Glaube des Grundbuchs findet im Code civil keinen Raum. Auch gegen den gutgläubigen Zessionar hat der Eigentümer des Grundstücks alle Einwendungen aus der causa.

e) Die Hypothekenrechtsreformen des 19. Jahrhunderts.

aa) Mecklenburgisches Recht.

Im Gegensatz zu der Doktrin der Codifikationen setzt in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts in mehreren deutschen Partikularrechten eine energisch durchgeführte Bestrebung ein, die Hypothek von ihrer Gebundenheit an die Giltigkeit der persönlichen Forderung zu befreien und durch den Ausschluss von Einwendungen aus derselben die Sicherheit des Realkredits zu stärken. Die

1) Exner, Österr. Hypothenr. I S. 1

erste Stelle nimmt in diesen Tendenzen die mecklenburgische Gesetzgebung ein. Hier ist in 3 Fundamentalsätzen der ritterschaftlichen Hypothekenordnung für Landgüter von 1848 die Hypothek als in ihrem Bestande von der Forderung gänzlich unabhängig ausdrücklich gekennzeichnet.

Die Bucheintragung ist mit formeller Rechtskraft ausgestattet, eine unwiderlegliche praesumptio iuris spricht für den Bestand des eingetragenen Rechts[1]). Demgemäss sind auch die zugelassenen Einreden gegen die Rechtsgiltigkeit des Eintrags auf diejenigen beschränkt, welche sich aus dem Inhalt des Eintrags selbst ergeben oder die Ungiltigkeit des Aktes selbst oder solche Tatsachen geltend machen, die nach Entstehung des Hypothekenrechts eingetreten sind[2]). Es wird also für den Empfänger einer Hypothek durch den Buchakt stets ein dingliches Recht geschaffen, dem für den Fall der Nichtigkeit der Kausalforderung nur der obligatorische Anspruch auf Rückerstattung der durch den Formalakt erlangten Bereicherung nach den allgemeinen gemeinrechtlichen Kondiktionsgrundsätzen entgegensteht. Ist jedoch wegen beiderseitiger Unsittlichkeit bei dem Kausalgeschäfte auch dieser nicht durchgreifend, so ist die Hypothek auch ohne Kausalforderung unanfechtbar.

bb) Hamburgisches und lübisches Recht.

Eine dem mecklenburgischen ganz ähnliche Gestaltung hat das hanseatische Hypothekenrecht erfahren. In dem Gesetze, betreffend Grundeigentum und Hypotheken vom 4. XII. 1868, welches für das hamburgische Recht in den §§ 4, 11, 28, die Grundstücksbelastung durch Eintragung von Kapitalposten regelt, ist in keiner Weise auf die persönliche Forderung Bezug genommen. Es knüpfte sich im Gegenteil „an die Eintragung des Hypothekenpostens die persönliche Haftung des Eigentümers für den Ausfall der Exekution in das Grundstück“[3]), sodass hier

[1]) Vgl. auch Meibom, Meckl. Hypothekenr., S. 83.

[2]) Vgl. Meibom, l. c. § 23.

[3]) Materialien z. B. G. B., Vorl. d. Redaktors; Johow, Sachenrecht S. 1451.

die Hypothek als das Hauptrecht erscheint, aus dem die persönliche Verpflichtung des Eigentümers als Nebenrecht hervorgeht. Auch hier begründet also die Eintragung formelles Recht für den Eingetragenen, welches nur mittelst der Durchführung der Kondiktion, soweit diese zulässig ist, auf obligatorischem Wege entkräftet werden kann. Ganz ähnlich der hamburgischen trägt auch die lübische Hypothek nach den Hypothekenordnungen von 1820 und 1880 einen selbständigen, von dem Bestehen der Kausalforderung unabhängigen Charakter.

cc) Preussisches Recht.

Auch in Preussen kam das „Mecklenburger Dogma" in den Entwürfen eines Hypothekengesetzes von 1864 und 1868, welche schliesslich zu dem Gesetze vom 5. Mai 1872 geführt haben und infolge ihres eigenartigen Standpunktes hinsichtlich der Formalwirkung der Hypothekenbestellung besonderes Interesse bieten, voll zur Geltung.

Nach § 23 des Entwurfs von 1864[1]) begründet die Eintragung einer Hypothek eine „selbständige Realobligation", welche nicht an die Existenz des zu Grunde liegenden persönlichen Anspruchs gebunden ist. Darin ist die völlige Unabhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung ausgesprochen. Wenn in § 23 Einreden aus der causa dem ursprünglichen Gläubiger und dem bösgläubigen Zessionar gegenüber zugelassen sind, so bedeutet das nur die Einrede aus der ungerechtfertigten Bereicherung, welche den dinglichen Rechtsbestand nicht in Frage stellt und z. B. im Falle der par turpitudo nicht wirksam ist.

Der Entwurf von 1868[2]) verfolgt dieses Prinzip noch schärfer als der erste, indem er davon ausgeht, dass der Besteller einer Hypothek, welche vom Gesetze von der Kausalforderung unabhängig gestaltet sei, hierdurch gegenüber der dinglichen Klage auf alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis verzichte.

[1]) Hierzu Entw. ein. Ges. über das Hypothekenwes. u. einer Hypothekenordn. in Preussen m. Mot., red. im Just. Min

[2]) Werner, Die preuss. Grundb. u. Hypothek. Ges. v. 1872 nebst Materialien.

In dem auf Grund dieses Gedankens vorgeschlagenen Ausschluss sämtlicher Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis der Parteien ist die denkbar extremste Ausgestaltung des Prinzips der formalen Rechtskraft der Bucheintragung erreicht.

So ist die Hypothek des Entwurfs selbst ein Recht, das zu allen möglichen Bestimmungen, z. B. zur Schenkung verwendbar ist und nicht einmal seinen Zweck in der Forderungssicherung zu finden braucht.

Das Schicksal der projektierten Belastungsform änderte sich in den Parlamentsberatungen mehrfach. Das Abgeordnetenhaus gab schliesslich der accessorischen Hypothek die Gestaltung, wie sie sie im A. L. R. gehabt hatte und behielt die Grundschuld bei.

Diese Zweiheit der Realkreditformen gelangte im Eigentumserwerbsgesetze vom 5. Mai 1872 zur gesetzlichen Geltung. Dieses Gesetz stellt gegenüber dem A. L. R. nicht eine Kodifikation des Hypothekenrechts, sondern eine Novelle dar, sodass viele Vorschriften des Titels 20 Teil I A. L. R. noch neben ihm Anwendung finden[1]).

Wird nun nach dem E. E. G. eine Hypothekenbestellung auf Grund nichtiger, insbesondere unsittlicher causa vorgenommen, so hat diese nach den fortgeltenden Paragraphen 11, 12, 415 Tit. 20, Teil I A. L. R. die Schaffung eines Rechts für den Eingetragenen nicht zur Folge; eine solche Hypothek ist schlechthin nichtig, sodass die Nachhypotheken vorrücken. Nur durch den Schutz der publica fides in § 38 E. E. G. wird das Hypothekenrecht für den gutgläubigen Dritterwerber aufrecht erhalten.

II. Geltendes Recht.

a) Die Anwendung des § 1163.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, um allen Bedürfnissen des Verkehrs Rechnung zu tragen, mehrere Rechtsformen geschaffen, in welchen sich die Kreditbelastung von Grundstücken vollziehen kann und welche sich durch

[1]) Förster, Grundbuchrecht, § 8.

ihre mehr oder minder starke Beziehung zu einer persönlichen Forderung von einander unterscheiden.

Von diesem Gesichtspunkte aus hat man die normale Hypothek des § 1113, die Sicherungshypothek des § 1184 und der Grundschuld des § 1191, von der eine Abart die Rentenschuld darstellt, von einander zu trennen.

Welches das Schicksal einer für eine nichtige Forderung bestellten Hypothek nach B. G. B. allgemein ist, geht aus der Regelung der §§ 1163 und 1177 deutlich hervor. Ist nämlich die Forderung, für die eine Hypothek bestellt worden ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. § 1177 bestimmt nun für den Fall, dass sich eine Hypothek mit dem Eigentum vereinigt, ohne dass dem Eigentümer zugleich die Forderung zusteht: die Hypothek verwandle sich in eine Grundschuld. Diese Vorschrift, welche sich dem Wortlaute nach nur auf § 1163 Satz 2 bezieht, gestattet ohne weiteres den Schluss, dass, wenn eine Hypothek von vornherein für den Eigentümer entstanden ist, von Anfang an materiell nicht eine Hypothek, sondern eine Eigentümergrundschuld besteht, und zwar auch dann, wenn sich die Nichtigkeit der Forderung erst nachträglich herausstellt. Die dingliche Einigung, verbunden mit der Eintragung hat also kraft Gesetzes eine andere als die von den Parteien gewollte Wirkung: statt der Hypothek für den Gläubiger ist eine Grundschuld für den Eigentümer entstanden. Dass durch diesen Vorgang die materielle Rechtsposition des unrichtig eingetragenen Hypothekars keine Veränderung erleidet, ein Recht für ihn nicht geschaffen wird, ergibt sich aus dem Begriffe des Instituts der Eigentümergrundschuld von selbst.

b) Die Anwendung des § 817.

Nun findet sich gerade für den Fall, dass sich die Nichtigkeit der einer Hypothekenbestellung zu Grunde liegenden Forderung aus der Sittenwidrigkeit des sie begründenden Vertrages herleitet, in der Literatur eine Ansicht aufgestellt, welche die Anwendbarkeit der §§ 1163 und 1177 auf diesen Fall leugnet und durch die Norm

des § 817 ausgeschaltet wähnt. Den besonderen Anlass zu der Erörterung dieser Frage bot hauptsächlich der Fall, dass bei dem Verkauf eines Bordellbetriebes, also einem beiderseits unsittlichen Vertrage, der Kaufpreis nicht bar bezahlt, sondern eine Kaufgeldhypothek auf dem veräusserten Grundstück für den Verkäufer eingetragen wurde und dass gegen die Klage aus der Hypothek der Beklagte die Rechtsgiltigkeit dieser wegen Nichtigkeit der Kausalforderung bestreiten zu können glaubte.

Eine von Förster[1]) beiläufig ausgesprochene, vom Reichsgericht[2]) eingehend begründete und von Reichel[3]) gebilligte Meinung hält den dinglichen Anspruch für gegeben. Sie gründet sich dabei auf die Natur der Hypothek als eines der sachenrechtlichen Leistungsgeschäfte, welche sich durch die Eigenschaft der Abstraktheit auszeichneten, insofern, als sich bei ihnen der beiderseitige Wille nur auf die Herbeiführung der sachenrechtlichen Wirkung richte und sie in dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft zwar ihre Veranlassung fänden, aus ihm aber keinen ihre Rechtswirksamkeit bedingenden Faktor entnähmen. Diese Eigenschaft begründe, so führt das Reichsgericht des Näheren aus, für Hypotheken mit unsittlicher Kausalforderung ohne weiteres die Anwendung des § 817, da durch den Bestellungsakt das dingliche Recht begründet und dieses von der Nichtigkeit der persönlichen Forderung nicht berührt werde. Damit aber sei die Unanfechtbarkeit der vorliegenden Hypothek ausser Frage gestellt, da diese Leistung bei par turpitudo nicht kondiziert werden könne. Den Ausschluss der Bereicherungsklage dürfe man nun nicht durch die Anwendung des § 1163 auf einem Umwege illusorisch machen; auch § 1137 könne nicht Platz greifen, da die Zulassung einer peremptorischen Einrede gegen die Hypothekenklage durch § 1169 schliesslich zu einer Condiction der Hypothek führe, die aber mit der Absicht des § 817 unvereinbar sei.

[1]) Recht 05, S. 356.

[2]) Rg., Bd. 63, S. 179 ff.

[3]) D. J. Z. 1907, S. 109 ff.

In demselben Sinne behauptet Reichel, dass nach der Verkehrsauffassung Hypothekenbestellung Barleistung, datio in solutum sei und spricht sich entgegen der „romanisierenden Konstruktion", Hypothekenbestellung sei nur Sicherung und nicht Gewährung, für eine rückhaltlose Anwendung des § 817 aus, indem er die Erfüllbarkeit der Schandschuld durch Hypothekenbestellung durch einen „verführerisch" naheliegenden Schluss aus der Naturalobligation der Anstandsschuld herleitet.

Förster bezeichnet eine solche Hypothek mit nichtiger Kausalforderung geradezu als Grundschuld und leitet, von der Bordellübereignung ausgehend, den Ausschluss der Condiction für diese, damit aber auch für die nach seiner Meinung gleichartige Hypothekenbestellung schon aus dem Umstande her, dass im Falle der Zulassung derselben Bordellhäuser, die ja von anständigen Menschen nicht gekauft würden, einfach unveräusserliches Gut wären.

Das Resultat dieser Deduktionen, welches dazu führt, dass die für eine Forderung aus beiderseits unsittlichem Vertrage ausgestellte Hypothek klagbar ist und z. B. der schwindelhafte Käufer eines Bordells nicht das Grundstück behält, ohne auf den creditierten Kaufpreis belangt werden zu können, scheint zunächst nicht unbillig, beruht aber auf einer stark gekünstelten, ja geradezu falschen Auslegung des Gesetzes.

c) Unrichtigkeit der Anwendung des § 817.

aa) Die Forderungssicherung als Zweck der Hypothek.

Die unrichtige Grundlage dieser Auslegung besteht darin, dass die Hypothek in ihrem rechtlichen Zwecke von den anderen dinglichen Geschäften nicht scharf genug unterschieden wird. Diese finden ihre Bestimmung im Gegensatz zu der Hypothek in sich selbst. Während die Übereignung, mit der ja die Hypothek vom Reichsgericht, besonders auch von Förster mit Vorliebe auf eine Stufe gestellt wird, die Servituten-, die Reallastbestellung in sich einen Wert enthaltende Vermögens-

rechte begründen, hat die Hypothek als Befriedigungsrecht wegen einer Forderung ihren Zweck ausserhalb ihrer selbst, ist also nur dann ein juristisch vollständiger Begriff, wenn diese als ihr notwendiges Korrelat auch wirklich besteht. Das Bestehen eines zu sichernden Rechts ist also grundsätzlich wesentliches Erfordernis des Inhalts der Hypothek, welche demgemäss auch durch einen dinglichen Akt nur unter dieser Voraussetzung geschaffen werden kann. Damit ist nicht etwa die abstrakte Natur des Hypothekenbestellungsaktes in Frage gezogen, denn der rechtliche Erfolg dieses Geschäfts wird durch den Eintritt einer subjektiven causa, welche sein Motiv gebildet hat, nicht bedingt, insofern ist auch hier das Kausalmoment ausgeschieden. Dass auch der Rechtsgrund der Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, keineswegs zum Inhalt des Bestellungsaktes gehört, vielmehr nur das Vorhandensein einer gültigen Forderung an sich für seine Wirksamkeit wesentlich ist, wurde oben bereits dargelegt. Darin steht nun die Hypothek des B. G. B. auch zu der Grundschuld im Gegensatze, mit welcher sie zwar wirtschaftlich meist denselben Zweck der Forderungssicherung verfolgen mag, dass der Bestand dieses ausserhalb ihrer liegenden Momentes, der persönlichen Forderung für ihren Rechtsinhalt grundsätzlich wesentlicher Bestandteil ist, während dieses Moment für die Grundschuld nur das mögliche Motiv bildet, von welchem der begriffliche Inhalt des Instituts aber nichts in sich aufnimmt. Insofern findet hier der Vergleich mit einer konkreten Kausalforderung und einem Wechsel, der seine verpflichtende Kraft ebenfalls aus sich selbst schöpft und in der Forderung nur sein Motiv findet, treffende Anwendung. Es wird in der Tat die Grundschuld im Vergleich zur Hypothek geradezu als Realwechsel bezeichnet. Wenn das Reichsgericht den Inhalt der Hypothekenbestellung zu eng gefasst, Merkmale, die zum Inhalt gehören, in die Reihe der Motive verwiesen hat, so liegt hierin der Grund, weshalb es den Bestand der Forderung für den des Hypothekenrechts nicht für wesentlich erachtet hat.

bb) Die Forderung als Merkmal des Hypothekenbegriffes nach B. G. B.

α) Die Legitimationstheorie.

Wenn das Reichsgericht und Reichel von dem eigentümlichen Sicherungscharakter der Hypothek abgesehen, und die Hypothekenbestellung auch bei nichtiger Forderung gleich den anderen sachenrechtlichen Akten als Leistungsgeschäft aufgefasst haben, so müssen sie von einer Auffassung des Hypothekenbegriffs ausgegangen sein, welche mit der hier vertretenen divergiert, nämlich das Sicherungselement aus diesem ausscheidet und damit zwischen der von einem solchen rechtlich unberührten Grundschuld und der Hypothek in diesem Punkte einen Unterschied nicht findet. Förster steht nicht an, hieraus auch die Konsequenz zu ziehen, dass er ein so angenommenes forderungsloses Hypothekenrecht einfach als Grundschuld auffasst, und wenn das Reichsgericht diesen Schritt auch nicht zu tun wagt, so konstatiert es doch hier (Bd. 63, S. 188), der Sache nach ganz übereinstimmend, ein „grundschuldähnliches" Recht, das sich von der Grundschuld nur durch die formelle Begründung für eine — wenn auch nichtige — Forderung unterscheide.

In dieser Konstruktion des Hypothekenbegriffs steht es somit offenbar auf dem Boden einer von den Protokollen vorgezeichneten, vielfach angenommenen Lehre, welche den Sicherungscharakter der Hypothek als Grundsatz leugnet und die Verbindung mit einer Forderung nicht als Begriffsmerkmal der Hypothek auffasst, sondern die Bedeutung der Forderung nur darin sieht, zur Aktivlegitimation für die Anstellung der Hypothekenklage zu dienen.

Letzteres ist der praktische Unterschied, den die Protokolle (III, S. 539) im Hinblick auf die Abänderung der Definition der Hypothek im § 1062 des I. Entwurfs in die — gegenwärtig geltende — Fassung des zweiten in der Auffassung der beiden Entwürfe erblicken. Diese Theorie hat auch in der Literatur zahlreiche Anhänger

gefunden. Die allgemeinen Sätze, mit denen Böhm,[1]) Best,[2]) Biermann,[3]) Endemann-Gareis,[4]) Matthiass,[5]) Crome,[6]) Staudinger,[7]) Oberneck[8]) u. a. das Wesen der Verkehrshypothek kennzeichnen, erklären deren Bestand als von der Existenz einer Forderung unabhängig. Der energischste Vertreter dieser Lehre ist wohl Hachenburg,[9]) der sich ihre Begründung im einzelnen besonders angelegen sein lässt.

Das Institut der forderungslosen Eigentümerhypothek, welche nach ihm „eine Art Hypothek" darstellt, die mangels eines Subjekts nur nicht geltend gemacht werden könne, begründet für ihn die Annahme der Entstehungsmöglichkeit einer selbständigen Hypothek. Auch die Lösbarkeit der Hypothek von der ursprünglich mit ihr verbundenen Forderung bei der Übertragung auf eine andere, das Erfordernis der besonderen Kündigung gegenüber dem Eigentümer für den Fall, dass die Fälligkeit der Hypothekenforderung von einer Kündigung abhängt, der Eintritt des Verzuges des Eigentümers ohne den des Personalschuldners, vor allem aber die Publizitätswirkungen der Grundbucheintragung nach § 1138, welche die Hypothek als materiell selbständiges Recht erscheinen lassen, werden ins Feld geführt, um die Unabhängigkeit des Hypothekenbegriffs von dem Zugrundeliegen einer Forderung zu erweisen. Prüfen wir im einzelnen, ob mit Recht.

β) Unrichtigkeit der Legitimationstheorie.

Ob die Begriffsbestimmung des § 1113 an sich geeignet ist, die Unabhängigkeit der Hypothek von einer Forderung zu erweisen, ist mehr als zweifelhaft. Wir

1) Grundbuchrecht, S. 151.
2) Hypothekenrecht, S. 104, 128.
3) Sachenrecht, S. 186.
4) S. 253.
5) II, S. 141, 144.
6) System III, S. 657.
7) zu § 1113 I, 2.
8) Reichsgrundbuchrecht, S. 702; Hypothekenrecht, S. 44.
9) Beitr., S. 30 ff; Vortr., S. 255 ff.

möchten sogar aus der Bezugnahme auf eine Forderung in dieser Vorschrift und dem ausdrücklichen Ausschluss einer solchen Beziehung bei der Grundschuld in § 1191 eher das Gegenteil schliessen. Nun spricht allerdings die veränderte Stellung der Hypothek im System des zweiten Entwurfs gegenüber dem ersten unzweifelhaft dafür, dass die Hypothek nicht reine Pfandrechtsnatur hat. Dort war sie mit dem Mobiliarpfand als Pfandrecht der Grundschuld im Titel gegenüber gestellt. Unter einem Pfandrecht verstehen wir nun ein Recht, das in der Sicherung einer Forderung seinen alleinigen Zweck findet und zu dieser streng accessorisch ist. Diesen Charakter hat die Hypothek des B. G. B. abgestreift. Damit ist aber wohl zu vereinen, dass die Verbindung mit einer Forderung zum Begriff der Hypothek des B. G. B. gehört und diese von der Grundschuld abhebt. Wollen wir dies nicht aus den §§ 1113, 1191 schliessen, so überschauen wir die Regelung des Hypothekenrechts im einzelnen.

Eine ihrer Hauptstützen sucht die Theorie, welche die accessorische Natur der Hypothek leugnet, in dem gegenüber dem I. Entwurf sehr erweiterten Ausbau der sogenannten Eigentümerhypothek. Dort konnte dieses Institut nur in zwei Fällen Platz greifen: 1. Wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger ganz oder zum Teil befriedigt (§ 1094 Abs. 3). 2. Wenn die Forderung und die Verbindlichkeit in der Person des Eigentümers des belasteten Grundstücks sich ganz oder zum Teil vereinigen (§ 1097). Diese Fälle sind Ausnahmen von der Regel des § 1092, dass mit dem Erlöschen der Forderung auch die Hypothek erlösche. Sie führen zur Entstehung einer forderungslosen Hypothek für den Eigentümer,[1]) welche mit der normalen Hypothek aber auch nichts als den Namen gemein hat. Dies wurde denn auch in den Kommissionsberatungen, als es sich darum handelte, das Institut auch formell als Eigentümergrundschuld zu gestalten, besonders hervorgehoben (Prot. III, S. 722). Fehlte es jedoch bei der Hypothekenbestellung an einer giltigen Forderung, so fiel

[1]) Krech in Bekkers u. Fischers Beitr., Heft 14, S. 134.

die Hypothek nicht etwa dem Eigentümer zu, sondern sie war nichtig, sodass die nacheingetragenen Hypothekare einrückten.

Wenn hiergegen der zweite Entwurf auch in diesem Falle eine „Hypothek" zur Entstehung gelangen lässt, wenn auch nur für den Eigentümer, so ist dies offenbar der Hauptgrund, aus dem die Protokolle und ihre Anhänger ihre Theorie herleiten mit dem scheinbar unanfechtbaren Satze, dass hier eine Hypothek auch ohne Forderung entstehe. Es ist jedoch schon oben darauf hingewiesen, dass dieses Recht in Wahrheit keine Hypothek ist, vielmehr vom Gesetze im § 1177, welcher § 1163 soweit ergänzt, als Grundschuld gekennzeichnet wird — durchaus bezeichnend für dessen System, das eben eine Hypothek ohne Forderung nicht kennt. Hier ist also gar kein Hypothekenrecht geschaffen, zu dessen Geltendmachung die Forderung legitimieren könnte, die Belastung besteht zwar zu Recht, aber nicht als Hypothek, sondern als Grundschuld.[1])

Aus demselben Gedanken heraus sind auch alle anderen Fälle zu beurteilen, in denen der Akt einer Hypothekenbestellung erfolgt ist, aber die Forderung aus irgend einem Grunde nicht entstanden oder erloschen ist. Dahin gehört die Zulassung der Hypothekenbestellung für eine künftige oder bedingte Forderung nach § 1113 Abs. 2, welcher ebenfalls nicht eine selbständige Hypothek, sondern bis zur Entstehung der Forderung gemäss § 1177 eine Eigentümergrundschuld bestehen lässt. Auch die kraft Verzichts seitens des Gläubigers auf die Hypothek nach § 1168 oder durch Ausschluss des unbekannten Hypothekengläubigers dem Eigentümer anfallende „Hypothek" ist nichts, als eine nach § 1177 entstehende Eigentümergrundschuld.

Können wir weiter den § 1153 als deutlichen Beweis dafür anführen, dass Hypothek und Forderung in der Übertragung unlöslich verknüpft sein sollen, so sind doch aus dem Gesetze gerade gegen diese Bestimmung mehr-

[1]) So Planck zu § 1113, 2d u. S. 508 Vorbem. 2a; Turnau-Förster, Bd. I, S. 545; Fuchs S. 730, 377.

fache Ausnahmen zu konstatieren. Vor allem schafft der Fall der sogenannten hypothekarischen Succession des § 1180 neben § 1153 eine zweifellose Antinomie, indem er das Hypothekenrecht tatsächlich von der Forderung loslöst und auf eine andere übergehen lässt.[1]) Die Erklärung der Protokolle (III, S. 726), dass im § 1153 die Hypothek einen anderen Gläubiger, in § 1180 einen anderen Inhalt erhalten, ist nicht befriedigend, „da auch im § 1180 Abs. 2 die Hypothek einen neuen Gläubiger erhält und doch das alte Forderungsrecht auf ihn übergeht."[2]) Die Erklärung von Fuchs, dass § 1153 den Übergang einer Hypothek ohne eine Forderung versage, steht mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht im Einklange, enthält aber, da auch im § 1180 mit dem Austritte der alten Forderung ipso iure die neue die Hypothek „bekleidet", der Sache nach richtiges und ist ein Beweis für unsere Anschauung.

Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet stehen auch die §§ 1164, 1174, 1173 Abs. 2, 1152, welche die Hypothek dem zahlenden regressberechtigten Personalschuldner, bezw. dem Eigentümer eines von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken für seine Regressforderung zufallen lassen, mit dem Grundsatze von der Unselbständigkeit der Hypothek nicht im Widerspruch.

Wie diese Normen, so verdanken auch praktischen Gesichtspunkten die §§ 1141 und 1146 ihre singuläre Existenz, von denen der erstere entgegen der Annahme, dass die Hypothek zur Befriedigung wegen einer Forderung dienen soll und daher nur gleichzeitig mit dieser fällig werden dürfte, durch das besondere Erfordernis der Kündigung gegenüber dem Eigentümer oder von dessen Seite zu einem anderen Termine die Fälligkeit der Hypothek als die des persönlichen Anspruchs und der zweite die Möglichkeit des Verzugs auf Seiten des Eigentümers ohne gleichzeitigen des persönlichen Schuldners statuiert.

[1]) So auch Staudinger zu § 1180 S. 763. Hachenburg, Beitr. S. 88., Biermann zu § 1180; Planck zu § 1180, 4a, auch § 1153 3 a u. b.

[2]) Fuchs, S. 577 zu § 1180 I. 1 a.

Abgesehen von diesen Besonderheiten des Fälligkeitstermins und des Verzuges ist aber auch hier die Hypothek völlig mit der Forderung verbunden.

Besonders ausgeprägt ist das Accessorietätsprinzip aber in dem § 1137, welcher dem Eigentümer alle Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnis und ferner die Einreden des Bürgen aus § 770 gegen die hypothekarische Klage zulässt, also die Analogie mit einem sicher ganz accessorischen Sicherungsverhältnis heranzieht.

Führen die Gegner endlich als einen ihrer stärksten Beweise die Wirkung des Publizitätsprinzip im § 1138 für sich ins Feld, welche dazu führt, dass der gutgläubige Erwerber eine eingetragene Hypothek trotz erloschener persönlicher Forderung erwirbt, sodass, wie nicht zu leugnen ist, die durch Fiktion des Gesetzgebers künstlich in Ansehung der Hypothek aufrecht erhaltene Forderung nur um jener willen ein Scheindasein fristet und der Sicherungszweck ganz zurücktritt, so ist diese Vorschrift doch gerade für uns durchschlagend. Das Bestehen der Forderung ist, da sie selbständig nicht geltend gemacht werden kann, praktisch ganz bedeutungslos; aber gibt es einen schärferen Beweis für den accessorischen Hypothekenbegriff als den, dass der Gesetzgeber trotzdem zur Fiktion greift, weil eine forderungslose Hypothek nicht in sein System passt![1])

In Erkenntnis dieses Prinzips wird man auch den § 1156, der durch die Ausschaltung der §§ 406—407 bei Zession der Hypothekenforderung die Zession der Hypothek dem Erwerber gegenüber auch dann wirken lässt, wenn er die Kenntnis nicht nach §§ 406, 407 erhalten hatte, dadurch in das System einfügen können, dass man für den Fall, dass z. B. der Eigentümer trotz erfolgter giltiger Tilgung der Personalschuld durch Zahlung an den cedierenden Gläubiger vom Zessionar mit der dinglichen Klage wirksam belangt wird, nach Analogie des § 1138 das Fortbestehen der Forderung hinsichtlich der Hypothek fingiert.[2])

[1]) In diesem Sinne auch Dernburg III, S. 654, Rudolf, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 67, S. 215.

[2]) So auch Peters, S. 55.

Ziehen wir das Resultat dieser Einzelbetrachtungen für die Accessorietät der Verkehrshypothek, so ist es nicht zu verkennen, dass deren Bestand keineswegs im römischen Sinne materiell durch die Existenz der zu sichernden Forderung bedingt ist, vielmehr das Verhältnis sich mitunter geradezu umkehrt. Der Gesetzgeber hat, wie die Motive (III, S. 688) betonen, die Verkehrsfähigkeit der Hypothek nicht auf Kosten ihrer Sicherungszwecke leiden lassen wollen, da sonst eine wirksame Ausnutzung des Realkredits unmöglich wäre. Jedenfalls ist jedoch die Prinzipalität des Sicherungscharakters vorherrschend, während die Fälle materieller Loslösung der Hypothek von der Forderung zwar Ausnahmen von dieser Regel, aber nicht ihre Beseitigung bedeuten,[1]) wenngleich hierüber bei dem Zwittercharakter des Instituts schwer zu streiten ist.[2]) Das für uns Wesentlichste aber, dass nach dem System des Gesetzes die formelle Verknüpfung der Hypothek mit einer Forderung nirgends aufgehoben ist, dürfte genügend dargelegt sein und wird auch von solchen zugegeben, welche, wie Leonhard,[3]) die materielle Accessorietät als Grundsatz in Abrede stellen.

d) Ergebnis für die Anwendung des § 1163.

Wir glauben damit dargetan zu haben, dass die Grundlage, auf der das Reichsgericht und seine Anhänger die Anwendung des § 817 auf die Hypothek für eine Forderung aus unsittlichem Vertrage aufbauen müssen, nämlich die Annahme der Möglichkeit einer forderungsentkleideten Hypothek für das B. G. B. verfehlt ist.

Aber auch für den Fall der Richtigkeit derselben befremdet die Inkonsequenz in ihrer Anwendung. Ist denn der Empfänger einer für eine nichtige Forderung bestellten Hypothek zu deren Geltungmachung legitimiert? Oder ist dies nicht gerade ein Fall, wo auch z. B. Hachenburg seine „unvollkommene“ Eigentümer-

1) So Planck, Vorbem. 2a zu § 1113, Dernburg III, S. 654. v. Schwind S. 109.

2) Vgl. auch die Ausführungen Schwind's S. 111.

3) Leonhard b. Eck, S. 257.

hypothek Platz greifen lässt? Es ist in der Tat eine durch nichts begründete Gleichstellung mit der Grundschuld selbst in erster Hand, welche hier vorgenommen wird, um — wir können den Eindruck nicht ganz abweisen — zu einem gerade für diese Art von Fällen von vornherein als wünschenswert vorgestellten Resultat zu gelangen. Unbeachtet scheint dabei auch geblieben zu sein, dass die Ausschaltung des § 1163 infolge der Annahme eines in der Hypothekenbestellung für unsittliche Forderung liegenden Leistungsgeschäfts, durch den § 817 konsequenter Weise auch die primäre Anwendung der §§ 812 ff. vor § 1163 zur Folge haben müsste, da eine Hypothekenbestellung als Leistung auch ihnen unterliegen würde. Das aber würde § 1163 Satz 1 völlig gegenstandslos machen. Dieses Verfahren hat denn auch von Seiten Lenels[1]) und Matthiessens[2]) begründeten Widerspruch erfahren und ist schliesslich vom Reichsgericht[3]) selbst für rechtsirrtümlich erachtet worden.

[1]) D. J. Z. 07, S. 455.
[2]) D. J. Z. 07, S. 534.
[3]) Rg., Bd. 68, S. 97 ff

C. Schluss.

Das praktische Ergebnis.

Fassen wir das praktische Ergebnis ins Auge, zu welchem jede einzelne der drei verschiedenen Meinungen über das Schicksal der für eine Forderung aus unsittlichem Vertrage bestellten Hypothek führt, so ergibt sich folgendes:

1. Erklärt man die Bestellung einer solchen Hypothek für nichtig, gemäss § 138 B. G. B., so gilt sie grundbuchmässig als nicht vorhanden; die nachstehenden Posten rücken auf und erlangen so einen bei der Bestellung nicht berücksichtigten, unvorhergesehenen und ungerechtfertigten Vorteil. Um ein derartiges, offenbar inopportunes Ergebnis zu vermeiden, wurde allerdings schon in der zweiten Lesung des Entwurfs eines B. G. B. der Antrag gestellt, man solle auch im Falle der Unwirksamkeit der Hypothekenbestellung eine Eigentümerhypothek Platz greifen lassen, wenn sich die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ersehen lasse. Dieser Anregung wurde jedoch nicht stattgegeben mit der Begründung, sie überspanne das Prinzip der Eigentümerhypothek und folge nicht dem praktischen Bedürfnis[1]). Trotz dieser Ablehnung wünscht Dernburg[2]), die Praxis möge eine Eigentümergrundschuld nach Analogie annehmen. Da aber der Wortlaut und die Geschichte des Gesetzes dem entgegensteht — auch die Literatur teilt den Standpunkt Dernburgs nicht[3]) — so ist an dem oben Festgestellten kaum zu rütteln.
2. Fasst man die Hypothekenbestellung als Leistung auf, so kann sie bei par turpitudo nach § 817 B. G. B. nicht condiziert werden; der Gläubiger dringt mit

---

1) Prot. III, S. 603.

2) Dernburg, B. R., III, S. 649.

3) Böhm, S. 238, 4; Biermann, S. 222, a. 1; Turnau-Förster, S. 685.

der dinglichen Klage durch und erlangt auf diese Art vielleicht den überhoch ausbedungenen Kaufpreis, der ihm auf dem Wege der persönlichen Klage versagt bliebe, ein Resultat, das, verallgemeinert, jedem unsittlichen Geschäft zur Durchsetzung verhilft und der Tendenz des Gesetzes, solchen Geschäften die Rechtswirkung zu versagen, schroff zuwiderläuft.

3. Die von uns vertretene Qualifizierung der für eine unsittliche Forderung bestellten Hypothek als eine Eigentümergrundschuld, welche dem Erwerber zufällt, führt zu der Konsequenz, dass der Gläubiger mit seiner Klage aus der Hypothek abgewiesen wird, während er das bereits übereignete Grundstück wegen beiderseitiger Unsittlichkeit nicht kondizieren kann, sodass der schwindelhafte Käufer dieses behält, ohne etwas dafür zahlen zu müssen. Diese ungünstige Folge hat Werner im „Recht“ [1]) dadurch zu vermeiden gesucht, dass er davon ausging, dass der veräussernde Eigentümer, welcher uno actu, mit der Übereignung zugleich die Hypothek sich bestellen lässt, das Grundstück nur mit dieser belastet übertragen wollte, sodass bei Nichtigkeit der Hypothek ihm dieselbe zufällt. Diese Konstruktion ist jedoch, wie Nissen [2]) richtig betont, deshalb hinfällig, weil die Hypothek eine bereits bestehende Forderung voraussetzt. Da jedoch die Kaufpreisforderung im Zweifel erst im Moment der Übereignung und gleichzeitigen Hypothekenbestellung entsteht, fällt die Hypothek dem Erwerber zu.

In Wahrheit ist das gewonnene Ergebnis nicht so ungünstig, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Es wird einerseits die ungerechtfertigte Rangerhöhung der Nachhypothekare vermieden, welche die Folge der Nichtigkeit unserer Hypothek wäre, andererseits die Möglichkeit verhindert, auf dem Wege der dinglichen Klage die staatliche Rechtsprechung und Exekutivgewalt zur Erlangung unsittlichen Gewinns zu missbrauchen.

[1]) Recht 1909, S. 103.
[2]) Recht 1909, S. 211.

Sieht sich nun der Veräusserer eines Bordellgeschäfts vor die Eventualität gestellt, an den Erwerber sein Grundstück ohne Kaufpreis zu verlieren, wenn dieser seine Zahlungsverpflichtung nicht gutwillig erfüllt, so wird sich die Konsequenz herausstellen, dass Bordellgrundstücke überhaupt schwer veräusserlich sein werden. Wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf ihre Benutzung zu Zwecken der Unzucht entsprechend hoch gestellt sein sollte, so hätte der Verkäufer die Wirkungslosigkeit einer Hypothekenbestellung für das Restkaufgeld, — wie sie wohl ausnahmslos notwendig sein wird, — zu gewärtigen und muss sich auf schwere Vermögensverluste gefasst machen. Aber auch im Falle einer Kaufpreisbemessung, bei der jene Ausnutzung nicht in Rechnung gezogen ist, wird das Grundstück schwer veräusserlich sein, da anständige Menschen solche Häuser in der ihnen eigenen Stadtlage selten erstehen. Es würde also die oben erwähnte Befürchtung Försters hinsichtlich der Unveräusserlichkeit der Bordellgrundstücke der Grundlage nicht entbehren.

Die Frage aber, ob eine solche Befürchtung hier ihre Berechtigung hat, spielt vom rein Juristischen in das Gebiet der Sozialwissenschaft hinüber. Unsere Konsequenz drängt auf die Abschaffung der Institution der Bordelle überhaupt, da eben nur in diesem Falle die Grundstücke jener Viertel einer freien Verwertung zugeführt werden können. Der Standpunkt Försters entspricht der Auffassung derjenigen, welche die Institution jener Häuser als ein tolerables Übel ansehen, mit dem auch die Rechtsordnung rechnen müsse. Abgesehen jedoch davon, dass diese Ansicht vom moralischen wie auch vom hygienischen Standpunkt durchaus bestritten ist, widerspricht sie jedenfalls dem Sinn und Geist unserer geltenden positiven Gesetzesnormen, welche die gewerbsmässige Kuppelei unter schwere Strafe stellen. Die Zivilrechtsprechung aber kann niemals die Macht des Staates zu der Verwirklichung von Ansprüchen hergeben, deren Erfüllung den Verpflichteten nach wirtschaftlichen Grundsätzen dazu zwingt, die Gesetze des Staates und der Moral zu übertreten.